

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
GARANTIE
DONNÉE PAR UNE SOCIÉTÉ
SUR SES
PROPRES OBLIGATIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 27 Novembre 1911, à 2 heures

PAR

Joseph PRELLE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE LYON

Président : M. COHENDY

Assesseurs { MM. JOSSERAND
BOUVIER-BANGILLON

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOUILLIER, 14

1911

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

MM.

CAILLEMER, C. ✱, I. Q, Doyen honoraire, correspondant de l'Institut.

THALLER, ✱, I. Q, professeur honoraire.

AUDIBERT, I. Q, professeur honoraire.

FLURER, I. Q, doyen, professeur de Droit civil.

GARRAUD, I. Q, professeur de Droit criminel.

APPLETON (Charles), I. Q, professeur de Droit romain.

COHENDY, O. ✱, I. Q, professeur de Droit commercial.

PIC, I. Q, professeur de Droit international public.

APPLETON (Jean), I. Q, professeur de Droit administratif.

LAMBERT, A. Q, professeur d'Histoire générale du Droit français.

BOUVIER, I. Q, professeur de Science financière et de Législation française des finances.

LAMEIRE, I. Q, professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.

JOSSERAND, I. Q, professeur de Droit civil, assesseur du Doyen.

BROUILHET, I. Q, professeur d'Économie politique.

HUVELIN, I. Q, professeur de Droit romain.

LÉVY, I. Q, professeur de Droit civil.

GONNARD, A. Q, professeur d'Histoire des Doctrines économiques et d'Économie politique.

BOUVIER-BANGILLON, I. Q, professeur de Procédure civile.

BECQ (J.), I. Q, secrétaire.

MEMBRES DU JURY :

Président : M. COHENDY.

Assesseurs : { MM. JOSSERAND.
BOUVIER-BANGILLON.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
GARANTIE
DONNÉE PAR UNE SOCIÉTÉ
SUR SES
PROPRES OBLIGATIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 27 Novembre 1911, à 2 heures

PAR

Joseph PRELLE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE LYON



Président : M. COHENDY

Assesseurs { MM. JOSSERAND
BOUVIER-BANGILLON

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOUILLIER, 14

1911

BIBLIOGRAPHIE

APPLETON (Paul) : Note sous Besançon, 5 août 1903. D. 1904. 2.465.

ARTHUYS : Revue critique de législation et de jurisprudence, 1906, p. 203.

AUBRY et RAU : Cours de Droit français, 5^e éd. t. III et IV.

BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES : Traité du nantissement, des privilèges et des hypothèques.

CHATEL : Du nantissement des obligations de société non placées, thèse, 1907.

COLMET DE SANTERRE : Droit civil, t. VIII.

DALLOZ : Répertoire et Suppl^t, passim.

DEMOGUE : Note de jurisprudence. Revue trimestrielle de Droit civil, 1906.

FUZIER-HERMAN : Répertoire général du Droit français, passim.

GARSONNET : Note sous Cass., 24 juillet 1889 (S. 1892.1.295).

GUILLOUARD : Traité du nantissement.

HOUPIN : Traité des Sociétés, t. I.

LAURENT : Droit civil, t. XXVIII.

LABBÉ : Note sous Aix, 8 avril 1878 (S. 1879.2.313).

LYON-CAEN et RENAULT : Traité de Droit commercial.

PONT (P.) : Droit civil, t. I.

PLANIOL : Traité élémentaire de Droit civil.

ROUSSEAU : Traité des Sociétés commerciales, t. I.

SALEILLES : Essai d'une théorie générale de l'obligation.

THALLER et PERCERON : Traité de Droit commercial (en cours de publication) : Des faillites, t. I.

THALLER et PIC : Des Sociétés commerciales, t. I.

THALLER : De la nature juridique des titres de crédit. Annales de Droit commercial, 1906 et 1907.

THALLER : Note dans Annales de Droit commercial, 1907, p. 124.

THALLER : Note sous Cass. ch. r. 16 mars 1904 (D. 1904.1.321).

THALLER : Note sous Montpellier, 19 janvier 1899 (D. 1901.2.209).

VALÉRY : Note sous Paris, 3 août 1895 (D. 1897.2.73).

WAHL : Du nantissement constitué par une Société sur ses propres obligations. *Journal des Sociétés*, 1904.

WAHL : Traité de Droit fiscal.

WAHL : Traité théorique et pratique des titres au porteur français et étrangers.

WAHL : Note sous Cass., 13 juin 1903 (S. 1905.1.497).

DE LA

GARANTIE DONNÉE PAR UNE SOCIÉTÉ

SUR SES PROPRES OBLIGATIONS

CHAPITRE I^{er}

Exposé de la Question

La question que nous nous proposons d'étudier est née d'une pratique relativement récente, conséquence du développement considérable pris par les sociétés commerciales depuis un demi siècle. Lorsqu'une société à court d'argent n'a pas réussi ou craint de ne pas réussir actuellement à émettre dans le public les obligations qu'elle vient de créer pour se procurer des fonds, elle s'adresse à un banquier pour obtenir de lui l'avance des sommes qui lui sont nécessaires, en lui donnant en garantie un certain nombre de titres de ces obligations non encore émises.

Cette opération qui apparaît, à première vue, comme la remise en nantissement par une société de ses propres obligations, peut être, pour celle-ci, dans certaines circonstances, un élément de crédit très utile. Si, plus tard, la société revient à meilleure fortune, elle rembour-

sera son créiteur et rentrera en possession de ses obligations ; si ses propres ressources sont encore insuffisantes pour lui permettre d'effectuer ce remboursement, mais si son crédit public est alors assez établi pour l'autoriser à émettre avec succès des obligations, à des conditions moins onéreuses que le prêt sur nantissement auquel elle a dû recourir provisoirement, la société procédera à cette émission et prélèvera sur le produit de cette émission une somme suffisante pour rembourser son créancier gagiste ; elle pourra encore charger ce créancier même (un banquier ordinairement) de faire cette émission et ce prélèvement à son profit. Si les choses peuvent se passer ainsi, tout sera pour le mieux, pour le débiteur et pour le créancier.

Mais les difficultés apparaissent lorsque la société vient à tomber en faillite avant que son créancier gagiste ait été remboursé. Dans ce cas les obligations détenues par ce créancier sont-elles valables ? Pourra-t-il s'en prévaloir dans la faillite, en vertu de l'article 548 C. Com., indépendamment de la créance qu'il possède du chef et pour le montant de ses avances ? Et si un droit d'hypothèque est attaché à ces obligations (c'est ce qui donnera le plus souvent à la question son plus grand intérêt) ce droit pourra-t-il être invoqué par le détenteur gagiste de ces obligations ou par leur acquéreur, si le premier a pu réaliser son gage, dans l'ordre qui s'ouvrira sur le prix de vente des immeubles de la société ?

La raison d'en douter est la suivante. Les formules

d'obligations créées par une société sont destinées à représenter une créance contre cette société même, lorsqu'elles auront été émises et libérées, c'est-à-dire lorsqu'elles auront trouvé des preneurs qui en auront fourni les fonds. C'est seulement après cette remise de fonds à la société que les obligations seront valables, c'est-à-dire que leurs porteurs auront contre la société une action de prêt. Jusqu'à ce moment elles ne peuvent constituer que de simples projets de titres d'emprunt. La société ne peut pas être tenue de rembourser avant d'avoir reçu ; c'est la réception des fonds prêtés qui rend l'emprunteur débiteur, et c'est pourquoi l'on dit que le prêt est contrat réel ; le consentement des parties ne suffit pas à le former ; il faut un fait, le versement des espèces prêtées.

Lorsqu'un tiers aura reçu d'une société un titre d'obligation en échange des fonds qu'il lui aura versés, ce titre représentera bien au profit de ce tiers un droit de créance contre cette société. Ce droit de créance pourra alors, avec le titre qui le représente matériellement, être cédé par ce tiers porteur ou remis par lui en nantissement. Ce nantissement pourra même être consenti par ce tiers porteur en faveur d'un créancier de la société, pour garantir une dette de la société, puisque le gage peut être donné par un tiers pour le débiteur (art. 2077 C. Civ.). Mais lorsque c'est la société elle-même qui donne en nantissement à son créancier ses propres obligations, cela suppose nécessairement : ou que ces obli-

gations n'ont pas été émises, qu'elles n'ont pas trouvé de preneurs, puisqu'elles sont restées aux mains de la société ; ou bien, qu'après leur émission, elles sont revenues aux mains de la société par voie de rachat ou d'amortissement. Dans le premier cas, ces obligations n'ont jamais représenté aucune créance contre la société, faute de créancier. Dans le second cas, la créance que ces obligations ont représentée, s'est éteinte par suite de paiement. Dans notre droit, en effet, une créance suppose toujours deux personnes, un créancier et un débiteur (1). Les formules d'obligations créées par une société ne peuvent donc pas constituer, *aux mains de cette société*, des titres de créance, puisqu'une société ne peut pas avoir une créance sur *elle-même*. Donner en nantissement une créance sur soi-même, c'est donner en nantissement une chose qui n'existe pas, c'est faire un nantissement nul ou inexistant faute d'objet ; nous entendons dire faute d'objet ayant une valeur sérieuse, car nous ne contestons pas qu'un nantissement puisse théoriquement porter sur des feuilles de papier sans valeur. Voilà pourquoi le nantissement constitué par une société sur ses propres obligations paraît être une opération juridiquement impossible. Comment concevoir, d'ailleurs, le nantissement d'une créance consenti

(1) La doctrine allemande, d'après laquelle le titre même, aussitôt qu'il a une existence matérielle, doit être considéré comme créancier de la société qui l'a créé (théorie de la personnification du titre au porteur) n'a jamais été acceptée en France.

par le débiteur même : le créancier seul peut disposer du droit de créance. Le nantissement ne pourrait être valable que si le titre donné en gage par la société constatait des droits à son profit ; or, il ne constate que des obligations à sa charge.

La première question qui s'est posée devant les Tribunaux, relativement aux nantissements de cette espèce, a été celle de savoir si les titres d'obligations dont une société avait disposé de cette manière étaient passibles soit du droit de timbre établi par la loi du 5 juin 1850 (art. 27), soit de la taxe annuelle de transmission dont la loi du 23 juin 1857 (art. 6) frappe les titres au porteur. Cette question sur laquelle les Tribunaux de première instance s'étaient prononcés en sens divers (1), a toujours été tranchée par l'affirmative par la Cour de Cassation (2), dont la jurisprudence vient de s'affirmer encore récemment dans un arrêt des Chambres réunies du 16 mars 1904 (D. 1904.1.321-S. 1905.1.363).

La Cour suprême décide que des titres d'obligations, créés par une société et déposés par elle en garantie d'une avance de fonds, sont passibles du droit de timbre proportionnel et de la taxe annuelle de transmission, par ce motif que les conventions dont il s'agit, en admettant qu'elles ne constituent pas un contrat de

(1) Seine, 9 août 1878, Rep. pér. de l'Enr., art. 5138.

Melun, 29 juillet 1898, Rev. de l'Enr., art. 2163.

(2) Cass. 6 avril 1870 (S. 70.1.273) (D. 70.1.412).

Cass. 19 juillet 1875 (S. 76.1.39) (D. 75.1.462).

Cass. 6 avril 1897 (S. 98.1.103) (D. 97.1.372).

gage proprement dit, ont eu pour objet d'investir le tiers prêteur d'un droit propre sur les titres déposés entre ses mains, et que ces titres, ayant ainsi reçu une existence juridique, doivent être considérés comme souscrits au sens des lois du 5 juin 1850 et 23 juin 1857.

Etant donnés les principes admis en matière fiscale, cette solution ne saurait faire de doute. Il est, en effet, de jurisprudence constante que la perception des droits dus à l'Enregistrement est indépendante de la validité ou de la nullité des actes (1). La seule question à considérer est celle de savoir si les parties ont voulu faire un acte juridique, si elles ont entendu créer des droits ; peu importe si, pour une raison quelconque, leur volonté ne produit pas d'effet. Dans l'espèce, la prétention de l'Enregistrement se trouvait justifiée par le seul fait que la société débitrice avait fait usage de ses obligations, qu'elle s'en était servi comme d'un instrument de crédit ; peu importait à l'Enregistrement que cet usage fut ou non conforme aux règles du droit civil.

Et c'est pourquoi tout le monde reconnaît que cet arrêt de la Cour suprême, aussi bien que tous ceux rendus en matière fiscale, ne saurait avoir aucune influence sur la solution de la question de la validité même de l'acte et des effets civils qu'il peut avoir. Loin de préjuger cette question, la seule que nous voulions

(1) Cass. 26 février 1894 (D. 94.1.247).

Trib. Civ. Seine, 6 juillet 1900 (S. 1902.2.254).

DALLOZ. Suppl^é. V^o Enregistrement ; n^o 124 et s.

WAHL. Traité de droit fiscal, t. I, n^o 177.

étudier ici, l'arrêt des Chambres réunies semble au contraire l'avoir prudemment réservée. En matière civile, la question a déjà été jugée plusieurs fois, et tranchée en sens différents, d'une part par la Cour de Bordeaux, celle de Douai et celle de Paris, d'autre part par la Cour de Besançon et celle de Lyon. Les pourvois formés contre les trois premiers de ces arrêts qui avaient admis la validité du nantissement, ont été rejetés par la Cour de Cassation. (1). Ayant déjà exposé les motifs qui permettent de conclure à la nullité d'un pareil nantissement, nous allons examiner successivement les arguments qui ont été présentés en faveur de sa validité.

(1) Bordeaux, 28 novembre 1900, sous Req. 13 juin 1903 (D. 1904.1.326) (S. 1905.1.497).

Douai 29 novembre 1904 (S. 1905.2.294) Req. 1^{er} août 1906 (S. 1908.1.68).

Paris, 28 juin 1906, sous Cass. Civ. 23 février 1909 (D. 1909.1.478) (S. 1908 1.58).

Besançon, 5 août 1903 (D. 1904.2.465).

Lyon, 12 juillet 1906. Moniteur judiciaire de Lyon, 4 novembre 1906.

CHAPITRE II

Premier argument invoqué en faveur de la validité du nantissement : La régularité apparente des titres et la bonne foi des détenteurs.

Il arrivera le plus souvent que les titres d'obligations remis en gage par une société à son créancier présenteront exactement les mêmes apparences que s'ils avaient été remis dans des conditions normales. Ils seront timbrés (nous avons vu que le fisc l'exige et que la jurisprudence admet sa prétention dans le cas même qui nous occupe) ; ils seront numérotés, ils porteront toutes les mentions qui figurent habituellement sur les titres au porteur, la mention de leur libération, la mention qu'ils sont productifs d'intérêts, celle de l'hypothèque dont ils peuvent être assortis, etc., enfin, ils seront signés par des administrateurs de la société.

Lorsque celui qui aura reçu ces titres en garantie de sa créance contre la société ou celui auquel ce dernier les aura vendus dans les conditions prescrites par les art. 2078 C. Civ. et 93 C. Com., produira pour leur montant nominal dans la faillite de la société, et demandera, si les titres sont hypothécaires, à être colloqué sur le prix de vente des immeubles de la société, et lorsqu'il s'entendra opposer la nullité de ces titres faute de libé-

ration, c'est-à-dire faute de cause, lorsque le créancier nanti verra s'évanouir ainsi entre ses mains le gage sur lequel il avait compté pour le remboursement de sa créance, ou se verra actionné en garantie par son acheteur, il ne manquera pas de crier à l'iniquité. Ces titres, dira-t-il, présentaient toutes les apparences d'une parfaite validité ; il est inadmissible qu'on puisse opposer à un porteur de bonne foi d'obligations régulières en la forme des vices occultes et des circonstances de fait contraires aux mentions dont les titres étaient revêtus ; la société ne doit pas pouvoir exciper de l'inexactitude de ses propres déclarations ; ses représentants ou ayants cause ne le peuvent pas plus qu'elle-même. Il faut reconnaître que le raisonnement de ce créancier est bien susceptible d'inspirer une certaine sympathie.

Mais, en fait, sa bonne foi sera bien rare ; n'oublions pas, en effet, que le vice des obligations dont il s'agit consiste dans leur défaut de libération ; la bonne foi devra donc consister dans l'ignorance de ce défaut de libération ; or, le seul fait de l'existence des titres aux mains de la société suffira à démontrer à tout homme un peu expérimenté qu'ils n'ont pas été libérés, autrement ces titres auraient passé aux mains de ceux qui en auraient fourni les fonds à la société, et cette dernière aurait été dans l'impossibilité de les remettre elle-même en nantissement à son propre créancier.

Au surplus et en droit, nous allons voir que la bonne foi du porteur est sans importance pour la validité du

titre. Il est, en effet, de principe en droit français, que le titre au porteur n'est, comme un écrit quelconque, rien autre en lui-même qu'un *moyen de preuve* d'une obligation préexistante ou concomitante à la création ou à la remise du titre, obligation toujours née d'un contrat, c'est-à-dire d'un concours de volontés. Ce qu'il faut donc considérer, pour savoir si un titre d'obligation représente légalement et juridiquement une créance contre la société signataire, ce sont moins les mentions figurant matériellement sur ce titre, ses apparences régulières, que les conditions dans lesquelles ce titre est parvenu aux mains du porteur, non pas du porteur actuel mais du premier porteur (celui-ci n'ayant pu transmettre avec son titre plus de droits qu'il n'en avait lui-même), ou mieux les circonstances dans lesquelles ce titre est sorti des mains de la société et qui impliquent de sa part la volonté de s'obliger (1). La jurisprudence française a toujours repoussé ces théories plus

(1) A propos du projet du Code Civil allemand, M. Saleilles définit ainsi la conception française du titre au porteur : « Notre droit ne connaissant pas la promesse abstraite dégagée de sa cause, le titre au porteur est une reconnaissance de dette, ordinairement une reconnaissance de prêt, souscrite sous une forme qui permette la cession du droit par la seule remise du titre, de telle sorte que le créancier puisse transmettre son droit sans avoir à avertir le débiteur, et que le cessionnaire soit sûr de toucher la somme portée au titre sans avoir à craindre qu'on lui oppose l'effet des actes passés avec le débiteur. Le porteur du titre est censé tenir son droit des précédents porteurs et, par eux, du créancier primitif. L'idée de cession reste au fond de nos conceptions françaises en cette matière ; seulement c'est une cession qui se confond avec la transmission de la propriété du titre ». SALEILLES. *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, p. 293.

ou moins nuageuses auxquelles nous avons fait précédemment allusion et que l'on désigne dans la doctrine par les dénominations de théories de la personnification des titres au porteur ou de l'incorporation de la créance dans le titre au porteur. Ces théories, d'origine allemande, tendent à considérer le titre au porteur comme étant lui-même le véritable créancier, le sujet du droit que le porteur (personne humaine ou personne morale) n'exerce que comme une sorte d'intermédiaire entre le titre et le débiteur (la société) (1). Ce système juridique aboutissant à considérer l'obligation comme née du moment et par le seul fait de la création matérielle du titre, a notamment cette conséquence que, si le titre a

(1) M. Saleilles expose ainsi l'idée que les jurisconsultes allemands se font du titre au porteur : « Celui qui crée et signe le titre s'engage. . . une obligation est créée sans créancier déterminé, un débiteur est engagé sans savoir envers qui il l'est. . . l'obligation consiste dans une dette abstraite séparée de sa cause. . . le porteur a un droit propre, indépendant de celui du créancier primitif ; l'idée même d'un créancier antérieur, dont il serait le successeur, n'est pas en cause. . . Sans doute le souscripteur du titre peut le détruire, il est maître de l'anéantir tant que celui-ci n'est aux mains de personne ; mais que d'une façon ou d'une autre, même contre la volonté du souscripteur, le titre tombe en la possession d'un tiers, ce tiers devient créancier de l'engagement, absolument comme en matière de promesse de récompense le tiers qui accomplit le fait pour lequel la récompense a été promise, devient créancier de ce qui a été promis, alors même que le promettant eut retiré son offre. La promesse unilatérale n'est pas une offre exigeant le maintien de la volonté du promettant lors de l'acceptation du créancier, c'est un engagement déjà formé et par suite subsistant après rétractation du promettant. . . Le titre souscrit est valable si, depuis qu'il a été souscrit mais avant la mise en circulation, le souscripteur est mort ou devenu incapable ». SALEILLES. *Loc. cit.* p. 300 et suiv. Voir aussi A. WAHL, *traité théorique et pratique des titres au porteur*, t. I, p. 250 et suiv.

été soustrait sous émission régulière, l'exécution de l'obligation mentionnée sur le titre peut être demandée, au moins par le porteur de bonne foi, encore bien même que le signataire du titre (la société) n'ait pas voulu s'engager. Quant au porteur de mauvaise foi, celui par exemple qui aurait volé le titre dans les caisses de la société ou chez l'imprimeur, la plupart des auteurs qui enseignent cette doctrine, craignant de pousser jusqu'à l'absurdité les conséquences de leur système, permettent de rejeter sa prétention par une exception de mauvaise foi, ce qui est sans doute très équitable, mais ce qui constitue cependant une entorse au principe fondamental de leur thèse. Mais supposons que ce porteur de mauvaise foi, ce voleur, réussisse à vendre le titre à une personne de bonne foi ; envers cette dernière la société sera parfaitement obligée à toutes les prestations promises sur le titre qui lui a été dérobé. C'est ce que n'admet point la théorie française ; faisant découler l'obligation d'un contrat, elle subordonne l'existence de l'obligation à la volonté de la société de s'obliger ; toutes les fois que cette volonté fera défaut, l'obligation n'existera pas ; peu importent les apparences matérielles du titre, peu importe même la bonne foi du porteur, c'est-à-dire sa volonté de devenir créancier de la société, si cette volonté ne concourt pas avec celle de la société de devenir débitrice (1).

(1) « On sait que nous sommes rebelles, dit M. Thaller, à l'idée d'après laquelle la valeur, devenue titre au porteur, ne serait plus

Tels sont les principes que la jurisprudence a appliqué très rigoureusement, non seulement lorsque des titres au porteur avaient été frauduleusement soustraits avant leur émission, mais encore lorsqu'ils avaient été émis dans des conditions irrégulières. « Si le fait de posséder un titre d'obligation revêtu de toutes les formes exigées pour sa régularité, dit la Cour de Paris, implique une présomption de créance avec tous les avantages qui s'y rattachent, on ne saurait y trouver, par là-même, la preuve que la valeur qui y est indiquée est due, s'il est démontré qu'il est entaché d'un vice originel qui peut être opposé même au porteur de bonne foi.... Il appartient à celui qui veut acquérir un titre d'en vérifier l'origine et de rechercher si elle légitime la validité qu'il affiche (1) ».

Déjà, en 1877, la Cour de Paris avait statué dans le même sens et le pourvoi formé contre son arrêt avait été rejeté (2). Dans cette dernière espèce, fort curieuse,

un droit pourvu d'un sujet actif, mais se matérialiserait dans un certificat qui, grâce à sa vertu abstraite, acquerrait les qualités, les attributs d'un bien mobilier corporel. Cette importation germanique n'est pas de notre goût.... Les différentes valeurs que nous avons groupées sous l'épithète de « titre de crédit » ne se distinguent pas des créances, en ce qu'elles seraient d'une autre substance qu'elles. Elles sont pourvues d'un créancier et d'un débiteur, elles ont un objet unique ou successif qui porte sur une somme d'argent ou sur des prestations d'ordre périodique, elles sont fondées sur une cause qui évoque à la pensée un contrat intervenu entre le souscripteur et le preneur du titre, entre le preneur originaire et le preneur suivant...» THALLER. *Annales du Droit Commercial*, 1907, p. 124 et 132.

(1) Paris, 3 août 1895 (D. 1897.2.73).

(2) Cass. Req. 4 juin 1878 (D. 1879.1.132).

il s'agissait d'une société *l'Union Métallurgique*, que son Conseil d'administration avait abandonnée après avoir autorisé une émission de 60.000 obligations qui n'avait pu être réalisée qu'en partie. Deux ans plus tard, quelques-uns des administrateurs, bien que n'ayant plus qualité pour régler les affaires sociales, se réunissent et, usurpant la qualification de Conseil d'administration, prennent une délibération portant qu'il y avait lieu de placer en report ou de vendre au mieux des intérêts de la société les obligations restées attachées à la souche dans les caisses sociales ; ce qui fut fait, à vil prix bien entendu, par un administrateur, délégué par eux. Quelque temps après, la société ayant été déclarée en faillite, le syndic refusa d'admettre au passif les porteurs des obligations provenant de cette deuxième émission. Cependant ces titres offraient absolument les mêmes caractères extérieurs que ceux qui avaient été régulièrement émis, ils faisaient nominalemt partie, d'après la teneur des formules, de la même émission ; la même date de création était indiquée dans leur contexte ; ils portaient la signature des mêmes administrateurs ; leurs numéros étaient si bien confondus que des titres régulièrement émis portaient des numéros plus élevés que ceux des titres frauduleusement aliénés plus tard ; enfin les obligations régulières n'ayant jamais été admises à la cote de la Bourse, toutes, quelle que fût leur origine, avaient été négociées pendant plusieurs années en banque, au même cours également

avili par suite de la situation désastreuse de la société. Malgré toutes ces circonstances, la Cour de Paris, et après elle la Cour de Cassation, ont décidé que les tiers acquéreurs, même *de bonne foi*, de ceux des titres qui avaient été détournés, n'avaient aucune action contre la société. Jurisprudence rigoureuse, mais absolument conforme aux principes du droit, et qui met bien en pleine lumière l'influence que peuvent avoir sur la validité d'une obligation la formule du titre, ses apparences régulières et la bonne foi du porteur ; cette influence est absolument nulle. Il va sans dire que les tiers, qui auraient été induits en erreur par les apparences des titres irrégulièrement mis en circulation par les administrateurs de la société, pourraient exercer une action en dommages-intérêts contre ces administrateurs et peut-être contre la société elle-même, si l'on considère celle-ci comme responsable des délits et quasi-délits de ses administrateurs (1) ; mais évidemment cette action en dommages-intérêts ayant sa source dans le dol ou la faute des administrateurs de la société, et non point dans les titres d'obligations réellement libérés, c'est-à-dire juridiquement dans un contrat de prêt avec la

(1) Jugé en ce sens que si les administrateurs et les directeurs statutaires d'une société ne sont que les mandataires des associés, les associés, responsables du choix qu'ils ont fait de ces mandataires, ne peuvent argumenter de l'art. 1998 C. Civ., pour décliner la responsabilité du dol et de la fraude commis par leurs mandataires, lorsque les pouvoirs apparents qu'ils leur ont donnés ont contribué à tromper les tiers de bonne foi. Cas. req. 7 août 1906 (S. 1907.1.88). Cas. req. 30 juillet 1895 (S. 1896.1.288).

société, ne serait point garantie par l'hypothèque conventionnelle qui pourrait être attachée à ces titres. Le prêt est un contrat réel (1), l'obligation de rendre qu'il engendre à la charge de l'emprunteur n'existe, comme nous l'avons déjà dit, que du moment et par le fait de la réception des fonds. Ni la bonne foi des porteurs de titres, ni la mauvaise foi des administrateurs de la société ne pourront jamais faire que cette dernière ait reçu ce qu'elle n'a pas reçu, et, par conséquent, qu'elle soit tenue hypothécairement au remboursement d'un emprunt hypothécaire qu'elle n'a pas réalisé.

(1) « C'est par la force même des choses, dit M. Baudry-Lacantinerie (précis de droit civil, t. III, n° 801) que le prêt a ce caractère. En effet, l'obligation qu'il engendre est une obligation de *restituer* ; or, on ne peut être tenu de restituer qu'autant qu'on a reçu ; aussi n'est ce pas seulement dans notre droit mais dans toutes les législations possibles que le contrat de prêt est *réel* ».

CHAPITRE III

Autres arguments invoqués en faveur de la validité du nantissement : Emission des obligations. Souscription et libération. Négociation et transmissibilité.

Nous avons vu que les apparences régulières des titres et la bonne foi des porteurs ne suffisent pas pour rendre une société réellement débitrice de ces titres. Il faut donc chercher ailleurs la raison juridique qui puisse permettre de reconnaître la validité d'obligations non libérées et remises en garantie par la société elle-même à son créancier dans les conditions qui nous occupent. Dans quelques espèces, des plaideurs avaient cru trouver cette raison dans la souscription par un tiers des obligations litigieuses. Pour que la question que nous examinons présente dans la pratique un intérêt sérieux, il faut poser en hypothèse une double condition : d'abord, l'insolvabilité démontrée de la société débitrice, sa déclaration en état de faillite ; ensuite, il faut que les obligations dont la validité est contestée aient une valeur certaine qui ne pourra exister que si ces obligations sont assorties d'une garantie particulière, spécialement d'une hypothèque inscrite en rang utile sur les immeubles de la société.

Or, puisque nous supposons des obligations hypothécaires non émises, cette hypothèque n'aura pu être inscrite qu'à la requête d'un représentant des porteurs futurs et encore inconnus des dites obligations, agissant en leur nom et dans leur intérêt. Ce procédé est aujourd'hui couramment employé pour permettre aux sociétés d'offrir aux souscripteurs éventuels de leurs obligations mieux qu'une promesse d'hypothèque, mais une hypothèque déjà inscrite. Un tiers comparaît dans l'acte constitutif d'hypothèque et déclare l'accepter au nom des futurs obligataires. L'inscription d'une hypothèque peut, en effet, être aussi bien requise par un gérant d'affaires que par un mandataire (1). D'une part, la doctrine et la jurisprudence admettent la validité des hypothèques conventionnelles prises pour la garantie de créances futures, ou non seulement éventuelles (2); n'est-ce pas ce principe que la loi elle-même applique aux hypothèques légales? D'autre part, la désignation du créancier dans l'inscription de l'hypothèque, prescrite par l'art. 2148 C. Civ., étant exigée dans l'intérêt du débiteur et de ses ayants cause, et non pas dans l'intérêt du créancier, il suffira, si les véritables créan-

(1) Cass. 13 juillet 1841 (S. 1841.1.731).

Note Labbé sous Aix, 8 avril 1878 (S. 1879.2.313).

AUBRY et RAU, t. III, § 270.

BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, t. II, n° 1620, note 2.

ROUSSEAU, t. I, n° 1387.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE. Hypothèques, t. II, n° 1280.

LYON-CAEN et RENAULT, n° 589.

Cass. 21 novembre 1849 (S. 1850.1.91).

ciers sont encore inconnus au moment de l'inscription, qu'ils y soient représentés par une personne désignée à laquelle, s'ils ne se font pas connaître ultérieurement, le débiteur ou ses ayants cause pourront valablement adresser toutes significations utiles. La jurisprudence reconnaît la validité de semblables inscriptions (1). Il pourra encore arriver que la société trouve pour la totalité des obligations, par l'émission desquelles elle se propose de contracter un emprunt hypothécaire, un souscripteur général qui prenne lui-même, à ses risques et périls, l'engagement personnel d'en fournir les fonds à la société. C'était le cas dans l'espèce, sur laquelle a statué l'arrêt de la Cour de Lyon du 12 juillet 1906. Mais ce souscripteur ne tient pas sa promesse, ou bien il use d'un délai qui lui a été consenti, il ne fournit pas immédiatement à la société les fonds dont elle a un besoin urgent ; pour se les procurer, cette dernière dispose provisoirement d'une partie des obligations ainsi souscrites et les remet à un banquier en garantie d'une ouverture de crédit que celui-ci lui consent. La souscription, même personnelle et définitive, dont elles auront été l'objet, ajoutera-t-elle quelque chose à la valeur de ces obligations non libérées ? Il ne le semble pas. Nous laissons de côté toutes les circonstances de fait, notamment celles qui, comme dans l'espèce de Lyon, pourraient permettre de considérer le souscripteur comme dégagé de sa souscription, quant aux titres

(1) Cass. 20 octobre 1897 (S. 97.1.489).

dont la société a elle-même disposé dans son propre intérêt. Nous supposons non seulement que les titres remis en nantissement ont été souscrits, mais que, même après ce nantissement, l'obligation du souscripteur de libérer ces titres subsiste. Quelle influence juridique cette souscription pourra-t-elle avoir sur la validité du nantissement ? Devant la Cour de Lyon, on avait essayé d'en tirer parti de la manière suivante :

« Le défaut de libération, disait dans ses conclusions le créancier qui défendait la validité de son nantissement, a pour effet de mettre obstacle à la *négociation* des titres, c'est-à-dire à leur vente en Bourse ou en Banque par l'intermédiaire d'un tiers interposé entre les parties demeurées étrangères l'une à l'autre, ou à leur cession dans les formes usitées dans le commerce, par voie de transfert, de tradition ou d'endossement ; mais il ne les frappe pas d'inaliénabilité absolue, il n'empêche pas leur transmission par les modes du droit civil ».

Et il concluait que l'obligation qui a trouvé un souscripteur mais qui n'est pas encore libérée (comme celles qu'il détenait), si elle n'est pas négociable, est du moins transmissible et peut, à plus forte raison, être affectée d'un droit de gage.

Ce raisonnement est spécieux, mais il ne soutient pas l'examen ; il fait entre l'action et l'obligation une assimilation injustifiable.

L'action représente une part de propriété sur l'actif social ; lorsqu'une société émet des actions, elle cède

une partie de son patrimoine. Juridiquement, l'émission d'actions peut être considérée comme un contrat de *vente*.

Or, la vente est un contrat consensuel : la vente est parfaite, et l'acheteur devient propriétaire aussitôt qu'il y a accord entre lui et le vendeur sur la chose et sur le prix. L'actionnaire qui a souscrit une action (se trouvant ainsi d'accord avec la société émetteuse sur la chose et sur le prix) devient aussitôt propriétaire de la partie de l'actif social représentée par son titre. Si l'actionnaire ne libère pas son action, c'est-à-dire s'il ne paye pas son prix d'acquisition, son droit de propriété pourra être *résolu*. Mais, en attendant, il est propriétaire ; même avant toute libération, l'action qu'il a souscrite représente un droit de propriété, qu'il pourra céder, tel qu'il est, bien entendu, c'est-à-dire susceptible de résolution en cas de non libération. On comprend donc que la loi du 24 juillet 1867, pour assurer la sécurité des transactions de cette nature, ait, par une disposition expresse (l'art. 2), interdit la négociation des actions non libérées du quart au moins de leur montant (1). Cette disposi-

(1) La loi du 24 juillet 1867 (art. 1^{er}) ne permettait pas aux sociétés de diviser leur capital en actions ou coupures d'actions de moins de 100 fr., lorsque ce capital n'excédait pas 200.000 fr., et de moins de 500 fr. lorsqu'il était supérieur. La loi du 1^{er} août 1893 (art. 1^{er}) a réduit ces chiffres à 25 fr., dans le premier cas, et à 100 fr. dans le second. Mais en même temps elle a exigé, pour la constitution de la société, et par conséquent pour la négociabilité des actions, le versement en espèces, par chaque actionnaire, du montant *total* des actions ou coupures d'actions souscrites par lui lorsqu'elles n'excé-

tion légale était nécessaire pour empêcher la négociation des actions avant toute libération ; à défaut d'une telle disposition, les principes généraux du droit auraient permis la cession, par tous les modes quelconques du droit commercial aussi bien que du droit civil, des actions non libérées puisque, comme nous venons de le démontrer, il suffit que des actions aient été souscrites pour qu'elles représentent, avant toute libération, en faveur du souscripteur, un droit de propriété dont il pourrait disposer comme il l'entendrait. Mais si la loi du 24 juin 1867 a prohibé la négociation des actions avant leur libération du quart, elle n'en a point interdit la transmission par les modes du droit civil (cession à titre gratuit par donation ou testament, ou à titre onéreux par acte authentique ou sous seing privé), ces modes de transmission exigeant des formalités de nature à entraver les opérations de spéculation que le législateur a eu pour but d'empêcher sur les titres non libérés. La transmission des actions non libérées reste donc permise (1), et nous avons vu qu'elle est juridiquement possible.

Peut-on dire la même chose des obligations non libérées ? La loi ne s'en est pas occupée ; peut-on leur étendre les dispositions légales relatives aux actions ?

dent pas 25 fr., et du quart au moins des actions lorsqu'elles sont de 100 fr. et au dessus. Quant aux actions intermédiaires, entre 25 et 100 fr., on admet généralement qu'elles doivent être libérées de 25 fr. au moins pour être négociables.

(1) V. Paris, 23 mai 1887 (D. 1888.2.73).

La négative nous paraît certaine. La profonde différence de nature qui existe entre les actions et les obligations ne permet pas de leur appliquer les mêmes règles, et à défaut de textes spéciaux sur le régime des obligations, il faut recourir aux principes généraux du droit pour résoudre les difficultés que les transactions qui les concernent peuvent soulever (1). Nous avons déjà dit qu'un titre d'obligation est la reconnaissance d'une somme prêtée. Or, le prêt est un contrat réel ; l'obligation qu'il engendre à la charge de l'emprunteur (la seule, puisque c'est un contrat unilatéral), celle de rendre au prêteur, c'est-à-dire à l'obligataire, la somme versée par celui-ci, ne prend naissance que du moment et par le fait de ce versement ; il en résulte de toute évidence que ce versement d'espèces, autrement dit la libération du titre d'obligation, est seul capable de donner une existence juridique à ce titre, de faire qu'il représente un droit de créance contre la société, susceptible d'être cédé ou remis en gage. Sans doute, il n'est pas nécessaire que, pour être négociable ou transmissible (en l'absence de texte il n'y a pas de raison de distinguer), un titre d'obligation soit *entièrement* libéré ; si une obligation de 500 fr. est libérée de 100 fr., elle représentera un droit de créance de 100 fr. qui pourra être cédé dans cette mesure. Mais l'obligation qui ne sera pas libérée du

(1) V. ROUSSEAU, traité des sociétés, t. I, n° 1328, Lyon-Caen, et RENAULT, droit commercial, t. II, n° 564. HOUPIŒ, traité des sociétés, t. I, n° 408.

tout, sur laquelle aucun versement n'aura été fait par le souscripteur, ne pourra représenter aucun droit de créance susceptible de transmission (1). Le titre dressé pour la constatation de ce droit sera nul faute de cause ; ce sera un simple projet de titre de créance, un morceau de papier sans valeur. La souscription de ce titre d'obligation par un tiers constituera, de la part de ce dernier, une promesse de prêt faite à la société, promesse obligatoire dont la société pourra poursuivre la réalisation ; cette souscription créera donc un droit au profit de la société, mais non pas une obligation à sa charge, car ce n'est pas la promesse de prêt, c'est le prêt qui rend l'emprunteur débiteur (2).

(1) M. Rousseau dit cependant (loc. cit. n° 1327) qu'à la différence des actions, la négociation des obligations est possible avant libération. Nous pensons qu'il veut dire avant libération complète ou libération d'une somme ou quotité déterminée. Car, s'il n'a été fait aucun versement, l'obligation ne représentant aucune créance contre la société, quel droit pourrait-on bien négocier ? Dira-t-on qu'il suffit que l'obligation ait été souscrite pour que la société puisse être considérée comme ayant pris elle-même, en échange de la promesse de prêt du souscripteur, l'engagement de payer des intérêts et de rembourser un capital, sous la condition suspensive de la réalisation préalable de cette souscription, c'est-à-dire de la libération du titre ? Si c'est le droit *éventuel* d'exiger de la société l'exécution de cet engagement conditionnel que l'on prétend susceptible de négociation et de transmission, nous n'y voyons pas d'inconvénients théoriques, sauf cependant, comme nous le démontrons plus loin (page 34) en ce qui concerne sa dation en gage.

(2) Dans l'espèce, sur laquelle s'est prononcé l'arrêt précité de la Cour de Lyon, se posait accessoirement la question de savoir si le souscripteur d'une obligation est tenu de réaliser sa souscription lorsque la société emprunteuse est tombée en faillite. Le Tribunal civil de Lyon, dans le jugement frappé d'appel, s'était nettement

En résumé, la circonstance que les titres d'obligations, remis en gage par une société à son créancier, auront été préalablement l'objet d'une souscription, sera impuissante à donner à ces titres une valeur, une existence juridique qui ne pourrait leur provenir que

prononcé en faveur de la négative, comme l'avait fait précédemment le Tribunal Civil de la Seine, à propos de la liquidation de la société du canal de Panama (Trib. Civ. Seine, 26 juillet 1889. Rev. Soc. 1889.509; et 6 décembre 1889. Rev. Soc. 1890.427). Celui qui a promis de prêter à une société *in bonis*, dit-on dans cette opinion, ne peut être tenu de réaliser sa promesse au profit d'une société en faillite qui ne présente plus les garanties de solvabilité à raison desquelles principalement il a contracté. « La souscription à des titres d'obligations, dit M. Rousseau (traité des sociétés commerciales, t. I, n° 1334), contient des engagements réciproques. L'obligataire est un prêteur qui, au moment où la convention prend naissance, verse (habituellement) une partie du prêt et s'engage à verser ultérieurement le complément. En échange de cet engagement, la société s'oblige, de son côté, au paiement des intérêts et au remboursement du capital dans des conditions déterminées. C'est un contrat *synallagmatique* auquel il y a lieu d'appliquer la *condition résolutoire* de l'art. 1184, C. Civ. Or, par suite de son état de faillite, la société ne peut plus faire face à son engagement; le contrat se trouve donc résolu. C'est en vertu de ce principe que le syndic ne peut contraindre un banquier à verser le solde d'un crédit ouvert au failli; que le vendeur de marchandises vendues à un commerçant déclaré en faillite avant d'en avoir reçu livraison, n'est pas tenu de livrer (art. 1613, C. Civ.); le syndic ne peut exiger l'exécution des marchés qu'en payant intégralement le prix convenu ». On ajoute encore un autre argument tiré de l'art. 1188, C. Civ., et l'on dit : le prêt étant essentiellement un contrat à terme et la faillite entraînant la déchéance du terme, comment l'emprunteur pourrait-il exiger le versement d'une somme qu'il serait tenu de rembourser immédiatement ? Mais il faut reconnaître que ces divers arguments si séduisants soient-ils, surtout au point de vue de l'équité, ne sont pas sans réplique. La souscription d'obligations, peut-on dire, n'est qu'une promesse de prêt, c'est-à-dire un contrat unilatéral; l'obligation unique qu'elle a mise à la charge du souscripteur est définitive;

de la réalisation de cette souscription, de leur libération effective.

Aussi, avons-nous peine à comprendre les termes de deux arrêts de la Chambre des Requêtes, en date des 13 juin 1903 (1) et 1^{er} août 1906 (2) qui ont rejeté, le

En l'absence d'un texte comme l'art. 1153 C. civil en matière de vente, celui-ci doit tenir la promesse qu'il a faite purement et simplement ; peu importe s'il a été imprudent ou malheureux et si la société emprunteuse ne se trouve plus en état de remplir sa propre obligation qui ne naîtra d'ailleurs qu'après le versement du souscripteur ; dira-t-on que la souscription est une promesse de prêt essentiellement conditionnelle et que la condition de la solvabilité de la société emprunteuse est toujours sous-entendue ? C'est peut-être aller bien loin. Quant à la déchéance du terme elle n'a aucune importance ; il en résultera seulement que la société sera tenue de rembourser immédiatement ses obligations... en monnaie de faillite. La question paraît donc assez délicate, et dans l'arrêt précité, la Cour de Lyon semble avoir prudemment évité de la trancher (V. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 568 bis).

(1) « Attendu qu'il est déclaré par l'arrêt attaqué que les 250 obligations privilégiées données en gage par la Cie d'électricité de Cognac à la Cie des câbles électriques, comme garantie du paiement de ses fournitures, faisaient partie d'une série de 2.000 obligations créées en vertu d'une délibération du Conseil d'administration du 31 octobre 1898, numérotées et timbrées de 1 à 2.000, produisant des intérêts que la société des câbles comme les autres porteurs avaient touchés, et ayant donné lieu à la formation d'une société civile pour la sauvegarde des intéressés ; que dans ces conditions on soutient vainement que ces obligations n'avaient point encore été émises, et que la société détentrice n'avait que le mandat de procéder à leur émission ; qu'ayant au contraire une existence légale complète et étant matériellement transmissibles, ces titres, bien que frappés d'une indisponibilité momentanée, réunissaient tous les éléments d'une créance contre la société qui les avait souscrits, et pouvaient dès lors faire l'objet d'un nantissement ».

Cass. Req. 13 juin 1903 (D. 1904.1.326).

(2) « Attendu qu'il est déclaré, en fait, par l'arrêt attaqué : 1° que les 250 obligations hypothécaires données en nantissement au sieur

premier, le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 28 novembre 1900, le second, le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Douai du 29 novembre 1904 ; ces deux arrêts avaient admis la validité des nantissements conférés par des sociétés sur leurs propres obligations dans des circonstances à peu près semblables. S'appuyant sur les constatations des juges du fait que ces obligations ont été créées en vertu d'une délibération régulière du Conseil d'administration de la société, qu'elles sont numérotées, timbrées et productives d'intérêts, qu'enfin (dans la deuxième espèce seulement) elles ont été souscrites par des personnes agissant en leur nom personnel, la Chambre des Requêtes conclut de là que ces obligations ont réellement été *émises*,

Maronier par la société Gourlin et Vve Roy faisaient partie d'une série de 1.000 obligations de 500 fr. chacune, créées en vertu d'un acte authentique reçu par M^e Béghin, notaire à Douai, le 25 octobre 1901 ; 2° que les dites obligations numérotées de 1 à 1.000 et productives d'un intérêt annuel de 25 fr., avaient été déclarées émises le même jour ; 3° qu'enfin à l'acte constitutif étaient intervenus quatre comparants agissant, non comme mandataires de la société, mais en leur nom personnel, lesquels ont déclaré souscrire, dans des proportions diverses, la totalité des obligations ainsi créées, et s'engager à en verser le montant à la société contre la remise des titres.

Attendu que les juges d'appel ont déduit de ces constatations et précisions de fait que les titres dont il s'agit avaient été réellement émis, qu'ils avaient une existence légale complète qui les rendait matériellement transmissibles et susceptibles de faire par suite l'objet d'un contrat de nantissement.

Attendu dès lors qu'en admettant la créance du sieur Maronier au passif hypothécaire de la faillite Gourlin et Vve Roy, la Cour de Douai, dont la décision est régulièrement motivée, n'a violé ni fausement appliqué aucun des textes visés au moyen.

Cass. Req. 1^{er} août 1906 (S. 1908.1.68).

qu'elles ont en conséquence une existence légale complète qui les rend matériellement transmissibles et susceptibles, par suite, de faire l'objet d'un contrat de nantissement. Comme le fait observer avec raison M. Wahl (*Journal des Sociétés*, année 1904, page 104), les titres, sans doute, sont matériellement transmissibles, mais cela importe peu, car ce n'est pas l'existence matérielle, c'est l'existence juridique qui est indispensable pour qu'une chose puisse faire l'objet d'un acte juridique.

Le critérium que la Chambre des Requêtes semble avoir choisi pour apprécier la validité des obligations, c'est *l'émission*. Or, à quel moment peut-on dire d'un titre d'obligation qu'il est émis ? L'expression *émettre* n'a aucun sens juridique précis, elle ne se rencontre dans aucune loi, et c'est pourquoi jusqu'à maintenant nous nous étions, autant que possible, volontairement abstenus de l'employer. Nous ne sommes pas éloignés de penser que ce mot « émission » a largement contribué à obscurcir l'étude de notre question dans la doctrine et la jurisprudence. Grammatically, le mot *émettre* signifie mettre en circulation ; on dit, par exemple, émettre de la fausse monnaie. On peut dire, dans ce sens, qu'il y a émission d'un titre toutes les fois que le créateur de ce titre s'en dessaisit, le livre à la circulation. Ce mot est sans doute très à sa place dans les arrêts fiscaux, qui prennent en considération, pour trancher une question fiscale, un ensemble d'appar-

rences matérielles et de faits extérieurs qu'il n'est pas nécessaire de définir précisément dans leur essence juridique. Mais en matière de droit civil, nous pensons qu'il vaut mieux éviter le mot et voir clair dans la chose.

Quand on analyse le mécanisme d'établissement des obligations, on constate qu'il y a trois étapes à traverser avant que l'obligation n'existe juridiquement :

1^o La création, c'est-à-dire l'impression matérielle du titre ;

2^o La souscription du titre, c'est-à-dire l'engagement pris par un tiers de consentir un prêt à la société ;

3^o La libération, totale ou partielle, c'est-à-dire la réalisation du prêt.

A quel moment y a-t-il *émission* ? Il semble que ce soit au moment où le titre est remis au souscripteur ; et l'on ne conçoit guère que cette remise puisse avoir lieu avant le versement des fonds ou d'une partie des fonds. En pratique, la souscription et la libération partielle sont généralement concomitantes : le souscripteur verse une certaine somme en même temps qu'il souscrit, mais il n'y en a pas moins deux opérations distinctes ; il arrive ordinairement aussi en pratique que le jour du premier versement le souscripteur ne reçoit qu'un récépissé provisoire ; le titre définitif ne lui est remis que plus tard. Quoi qu'il en soit, il nous paraît bien superflu, pour la solution de notre question, de rechercher à quel moment précis il convient de consi-

dérer le titre comme émis. En effet, quand un titre de cette nature est remis en gage, il est bien certain que ce que les parties ont voulu donner et recevoir en gage, ce n'est pas le titre lui-même, en tant qu'objet matériel, morceau de papier, c'est le droit incorporel, la créance représentée par ce titre. La seule question intéressante est donc celle de savoir à quel moment ce titre représentera un droit de créance. Or, il est évident, sans contestation possible, nous l'avons au surplus démontré plus haut, qu'à ce point de vue l'obligation n'existe juridiquement que du moment et par le fait de la libération. Les obligations non libérées n'ont pas d'existence juridique car, tant qu'il n'y a pas eu de versement de fonds par un tiers, la société n'est pas débitrice ; il n'y a pas de créance contre elle. Dans son arrêt du 28 novembre 1900, la Cour de Bordeaux déclare « que les obligations émises par la C^{ie} d'Electricité de Cognac (et remises par elle à la société des Câbles électriques) lui conféraient le droit éventuel d'exiger des preneurs qui pourraient se présenter le versement du montant nominal du titre, qu'il n'est donc même pas exact de soutenir que ces obligations n'étaient que la représentation d'une créance contre la société qui les émettait ». Il faudrait bien cependant s'entendre et distinguer ! Ce qui a été remis en gage, c'est indiscutablement une créance ; mais laquelle ? Est-ce la créance de la société contre le preneur de ses obligations avant leur libération, ou bien la créance de ce dernier contre la société,

après qu'il a effectué la libération des obligations ? La Cour de Bordeaux ne paraît pas bien le savoir elle-même, car elle ajoute aussitôt : « qu'au reste ces obligations conféraient aux preneurs une délégation sur les sommes que la ville de Cognac s'était engagée à payer mensuellement en représentation de l'éclairage municipal ; qu'à ce titre elles constituaient une créance sur un tiers, ce qui suffirait à faire repousser la théorie des appelants ».

Nous avons vu que la souscription par un tiers des obligations créées par une société constitue une promesse de prêt, promesse obligatoire qui confère à la société un droit de créance et une action contre ce tiers. Que la société puisse remettre en garantie à son créancier la créance qu'elle possède ainsi contre le souscripteur de ses obligations, lorsque celles-ci ont été souscrites, cela ne soulève aucune difficulté. Mais le titre de cette créance, celui qui permettra d'en poursuivre le recouvrement, ce ne sera pas le papier à vignettes qui porte, avec le nom de la société, la signature de ses administrateurs, ce sera le bulletin de souscription portant la signature du souscripteur. Si donc il a été remis au créancier gagiste de la société le premier de ces titres, alors qu'on a voulu faire porter son droit sur la créance représentée par le second (ce qui peut, d'ailleurs, présenter un intérêt pratique) (1), il sera néces-

(1) Cette remise peut être utile pour empêcher la société de disposer de ses titres et d'en recevoir directement les fonds à l'insu de son créancier.

saire de s'en expliquer clairement dans l'acte de nantissement. Dans ce cas, lorsque le créancier de la société voudra réaliser son gage, c'est contre le souscripteur des obligations qu'il devra agir, et il est évident qu'il ne pourra, en aucune manière, bénéficier de l'hypothèque inscrite sur les immeubles de la société pour la garantie du remboursement de la créance des obligataires contre la société. Cette conséquence suffira à démontrer, dans la plupart des cas, que ce n'est pas ainsi que doit être interprété le nantissement. D'ailleurs, lorsque les obligations n'ont pas été *souscrites*, comme dans l'espèce de Bordeaux, le raisonnement de cet arrêt semble singulièrement téméraire. Comment ! la société n'a encore reçu aucune promesse de prêt, et elle céderait, en garantie de sa propre dette, une créance qu'elle n'a pas encore, qu'elle n'aura peut-être jamais, contre les preneurs éventuels de ses obligations ? Si je suis assez heureux pour rencontrer un jour quelqu'un qui consente à me promettre un prêt de 100.000 francs, je vous cède, dès aujourd'hui, en garantie de ce que je vous dois, le droit que me confèrera cette promesse. Le créancier qui se contenterait d'une pareille garantie ne serait vraiment pas difficile à satisfaire ! Cependant, à lire certaines lignes de son arrêt, on croirait que la Cour de Bordeaux a interprété ainsi l'intention des parties. Mais à quelles objections ce système ne se heurte-t-il pas ! D'abord, on peut lui opposer une thèse admise par la majorité de la doctrine et de la jurisprudence, et sui-

vant laquelle un gage ne peut pas porter valablement sur une chose éventuelle et future, non existante au jour de l'affectation (1). Cette règle serait, dans l'opinion générale, une conséquence de l'art. 2076 C. Civ., aux termes duquel, *dans tous les cas*, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties ». Cette disposition est générale, elle s'applique dans tous les cas, donc aux meubles incorporels comme aux meubles corporels, et lorsqu'il s'agit de créance, la mise en possession se réalise par la tradition des titres qui constatent la créance. De là, l'impossibilité de donner en gage une créance future qui ne peut pas être représentée par un titre susceptible d'être remis au bénéficiaire du gage. Cet argument a été indiqué, dans les motifs de leurs décisions, par la Cour de Besançon dans son arrêt du 5 août 1903 (2) et par le

(1) Bourges, 29 avril 1901. S. 1902.2.273.

Lyon, 13 mai 1903. *Moniteur judiciaire Lyon*, 20 juillet 1903.

BAUDRY-LACANTINERIE, t. XXII, n° 74.

Contra : COLMET DE SANTERRE, VIII, n° 302 bis.

(2) « Attendu qu'il est difficile de concevoir que des titres d'obligation entre les mains de la société qui les crée en vue d'une émission à réaliser puissent constituer autre chose que de simples feuilles de papier, le caractère de *valeur existante et actuelle susceptible d'être donnée en gage*, ne leur advenant en réalité que lorsqu'ils ont été souscrits par des preneurs qui en ont fourni les fonds ; qu'en se référant aux faits ci-dessus exposés on est amené à reconnaître que les nantissements des 26 janvier et 29 juin 1901 n'ont pour objet qu'une chose fictive, que des titres *sans valeur actuellement existante*, faute d'émission réellement effectuée, et qu'ils sont par suite nuls et de nul effet ».

Besançon, 5 août 1903 (D. 1904.2.465).

Tribunal Civil de Lyon dans son jugement du 22 juillet 1905 (1), confirmé par l'arrêt de la Cour du 12 juillet 1906. La Cour de Bordeaux se range nettement à l'opinion contraire (2), qui fait prévaloir l'art. 1130 sur l'art. 2076 C. Civ. L'art. 1130 C. Civ. dispose ainsi : « Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation ». Mais, d'autre part, en admettant même cette dernière opinion, en supposant que le gage de la créance future de la société contre les souscripteurs éventuels de ses obligations ne soit pas nul dès l'origine, qu'importe, si la condition de laquelle dépend l'existence de cette créance et, par suite, la validité de sa remise en gage, c'est-à-dire la souscription des obligations ne s'est pas réalisée ? Cette raison aurait dû suffire pour amener la Cour de Bordeaux à statuer dans le sens contraire à sa décision. Inversement de même, si l'on considère

(1) « Attendu que les obligations créées par la Société des Grands Moulins Electriques de Villeurbanne n'ayant jamais été libérées et ne pouvant plus l'être, ne représentaient pas des titres de créance contre cette société et devaient être déclarées nulles faute de cause, ainsi que l'hypothèque qui en était la garantie accessoire. Attendu qu'il suit de là que ces obligations n'ayant aucune valeur *existante et actuelle* ne pouvaient faire l'objet d'un nantissement valable ».

Trib. Civ. Lyon, 22 juillet 1905, sous arrêt C ; Lyon, 12 juillet 1906 (Mon. Jud. Lyon, 5 novembre 1906).

(2) « Attendu que les meubles ou droits incorporels sont, au même titre que les meubles corporels, susceptibles de faire l'objet d'un nantissement ; qu'il suffit même, pour qu'il en puisse être ainsi, que le droit soit éventuel ou conditionnel et non encore définitivement certain ; qu'il n'est donc pas nécessaire que le droit donné en nantissement soit une créance actuelle sur un tiers ».

Bordeaux, 28 novembre 1900, sous Req. 13 juin 1903 (D. 1904.1.326).

que la créance remise en gage est celle des preneurs éventuels des obligations contre la société, il faut décider, avec la Cour de Lyon (1) que lorsque la condition de laquelle dépend l'existence de cette créance, c'est-à-dire la libération des obligations, n'a pas été réalisée, le nantissement doit être rétroactivement considéré comme n'ayant jamais eu d'objet.

M. Chatel (2) après avoir constaté, à regret d'ailleurs, que ni la créance des obligataires futurs sur la société, ni la créance de la société sur ses obligataires futurs ne pouvaient être considérées comme l'objet du nantissement qui nous occupe, a cru trouver cet objet dans « l'engagement irrévocable, l'offre irrétractable de la société d'emprunter à des conditions déterminées ».

La société, dit M. Chatel, s'est engagée à se reconnaître débitrice dans telle et telle condition d'intérêt, de remboursement, envers toute personne qui souscrira à son emprunt ; la société s'est interdit, vis-à-vis de son

(1) « Considérant qu'on soutiendrait en vain que, une créance conditionnelle pouvant être donnée en gage, les nantissements consentis à Raverot-Bagnolet doivent tout au moins être déclarés valables comme ayant eu pour objet des obligations conditionnelles qui pouvaient, d'un jour à l'autre, devenir fermes et définitives par leur libération ; que de la thèse ainsi posée, et par application des principes généraux sur la matière, il faut conclure en effet que la condition de l'accomplissement de laquelle dépendait l'existence de la créance donnée en gage, ne s'étant pas réalisée, les titres n'ayant pas été libérés, le nantissement doit être rétroactivement considéré comme n'ayant jamais eu d'objet ».

Lyon, 12 juillet 1906 (Mon. Jud. Lyon, 5 novembre 1906).

(2) CHATEL. Du nantissement des obligations de société non placées. ROUSSEAU, 1907 (page 100).

créancier, de rétracter cette offre avant son acceptation ; elle s'est engagée à la maintenir jusqu'à ce que son créancier ait trouvé des souscripteurs à ses obligations. Sans doute, le titre au porteur, remis en gage, constate d'avance le résultat de l'opération à laquelle l'offre de la société invite ses souscripteurs ; mais par un procédé elliptique, abrégé, le titre au porteur, avant sa souscription, matérialise d'abord l'offre de la société, son engagement d'emprunter dans des conditions déterminées. Cet engagement étant irrévocable dans notre hypothèse, a une valeur plus ou moins grande, suivant ses conditions : promettant des intérêts élevés, des primes de remboursement, des sûretés, il sera recherché par les personnes en quête de placement qui le paieront son prix ; c'est dans la négociabilité de cette valeur concrétisée dans un titre au porteur que réside pour le gagiste la garantie ; c'est cette valeur qui fait l'objet du nantissement, qui en est le seul objet possible. Nous sommes parfaitement d'accord avec M. Chatel sur la portée de l'engagement de la société : la promesse d'emprunter à des conditions déterminées, l'interdiction de rétracter cette offre, sur l'avantage pour le créancier d'avoir entre les mains des titres par le placement desquels il rendra la société créancière de sommes sur lesquelles il pourra se payer par préférence à tous autres. Nous voyons bien dans ce contrat un mandat d'émission, dans l'intérêt des deux parties, et, par conséquent, irrévocable, compliqué d'une stipulation pour autrui et d'une délégation

de créance. Mais nous n'apercevons pas dans cette combinaison l'ombre d'un nantissement. L'objet assigné par M. Chatel au nantissement, c'est l'engagement de la société d'emprunter. Quel est le débiteur de cet engagement ? Evidemment la société. Quel en est le bénéficiaire, le créancier ? Le banquier, semble-t-il, envers lequel la société est déjà débitrice et qu'elle cherche à rembourser de ses avances. Il y a, entre ces deux personnes, un contrat principal auquel paraît bien convenir la qualification de mandat d'émission, avec adjonction de certaines conditions particulières. Mais nous ne comprenons pas que cet engagement de la société puisse être considéré comme donné *en gage* par celui qui en est débiteur à celui même qui en est créancier.

Quant à M. Demogue, il ne s'embarrasse pas pour si peu. « Il est vrai, dit-il, que l'obligation est encore future, puisqu'elle est à émettre, puisqu'il n'y a qu'un engagement du débiteur et qu'on n'admet pas en général la formation d'une obligation par la volonté unique du débiteur. Mais l'hypothèque a déjà une existence éventuelle, elle peut être inscrite, et pour qu'elle puisse devenir actuelle, être mise en mouvement pour aboutir à un paiement (production à l'ordre ou saisie de l'immeuble), il suffit d'une créance actuelle à laquelle elle puisse se rattacher. Le cas le plus simple serait évidemment celui où l'obligation trouverait un souscripteur. Mais il en sera de même si l'obligation non encore émise est donnée en gage. *Au travers* de l'obligation non

émise l'hypothèque va se rattacher à la créance du créancier gagiste et elle pourra être mise en œuvre pour assurer le paiement du montant de sa créance » (1). M. Chatel se demande (p. 118) si c'est un raisonnement

(1) DEMOGUE. Rev. trim. 1906, p. 175.

A l'appui de son opinion, M. Demogue ne saurait invoquer un arrêt de la Cour de Cassation du 25 janvier 1905 (D. 1905.1.501) ; l'espèce de cet arrêt est toute différente de notre hypothèse : le Comptoir d'Escompte d'Angoulême avait consenti à un sieur Daille une ouverture de crédit de 10.000 fr. moyennant certaines sûretés au nombre desquelles figurait la constitution par ce dernier d'une hypothèque sur ses immeubles. Ce crédit devait être réalisé à l'aide de l'escompte ou de l'endossement de billets à ordre et autres effets de commerce. L'art. 1^{er} du contrat contenait la clause suivante : « cette ouverture de crédit sera transmissible au porteur au moyen de la mention qui en sera faite sur la grosse, sans qu'il soit besoin d'aucune signification ». La transmission ainsi prévue s'était régulièrement opérée, à la date du 29 juin 1895, au profit du Comptoir National d'Escompte de Paris. Daille ayant été déclaré en état de liquidation judiciaire, le Comptoir d'Escompte de Paris excipant des droits à lui conférés par l'acte d'ouverture de crédit dont il était porteur, a requis son admission au passif, à titre hypothécaire pour une somme de 9.016 fr. La Cour de Bordeaux a fait droit à sa demande. Le pourvoi soutenait que cette admission n'aurait dû être ordonnée qu'à titre chirographaire par le motif que le Comptoir d'Angoulême n'ayant fait aucune avance de fonds à Daille, la condition à laquelle était subordonnée la constitution d'hypothèque ne se serait pas réalisée, et que le prétendu transfert du 29 juin 1895 n'aurait pu dès lors avoir pour effet de transférer au Comptoir National d'Escompte de Paris une hypothèque n'ayant pas d'existence légale faute de se rattacher à une créance, et non susceptible, en toute hypothèse, d'être transportée de la créance éventuelle en garantie de laquelle elle avait été consentie, sur une créance toute différente. La Cour de Cassation a rejeté le pourvoi par les motifs suivants : « Attendu que la convention du 21 avril 1895 ne limitait nullement la possibilité de la transmission de l'ouverture de crédit au cas où des fonds auraient été préalablement fournis par le Comptoir d'Angoulême à Daille. Que l'art. 1^{er} permettait au contraire le transfert immédiat du contrat au nouveau titulaire. Qu'une semblable clause n'avait rien d'illicite, et

bien sérieux. Nous ne pensons pas que la question puisse être posée sérieusement. En admettant même que d'une manière générale et en dehors des cas spécialement prévus par la loi (paiement avec subrogation, art. 1249 et suiv. C. Civ.), une hypothèque puisse être détachée de la créance qu'elle garantit et rattachée à une autre, outre que cette opération ne pourrait résulter que d'une stipulation expresse, elle ne nous paraît pas

que l'usage de la faculté par elle donné devait avoir pour conséquence nécessaire de faire passer les droits et les obligations du Comptoir d'Angoulême au nouveau bénéficiaire, et de lui permettre notamment de se prévaloir de l'hypothèque pour la garantie des avances qu'il avait faites lui-même au crédit, en conformité du contrat. Et attendu qu'il est constant en fait, que la créance de 9.016 fr., objet de l'admission au passif, avait pour cause des avances faites depuis le transport du 29 juin 1895, par le Comptoir National d'Escompte de Paris, à Daille sous forme d'escompte et d'endossement d'effets de commerce, c'est-à-dire conformément au mode prévu par le contrat d'ouverture de crédit. Qu'en présence des faits ainsi constatés c'est à bon droit que la Cour de Bordeaux a décidé que ladite créance était garantie par l'hypothèque litigieuse, etc.».

A notre avis, la solution ne pouvait faire doute dans cette espèce parce qu'il s'agissait bien de la même créance. L'hypothèse ci-dessus analysée nous semble pareille au cas où une société a créé des obligations garanties par une hypothèque inscrite à la requête d'un souscripteur général des obligations qui n'a pas encore réalisé sa souscription et qui remet ensuite ses obligations à des tiers porteurs qui en fournissent les fonds à la société ; il n'est pas douteux que l'hypothèque stipulée par le premier profite aux seconds (nous l'avons vu plus haut, page 20), bien que le premier n'ait rien versé avant le transfert. Dans un cas comme dans l'autre, la créance, simplement éventuelle entre les mains du premier créancier, est devenue définitive et actuelle aux mains du second, mais c'est toujours la même créance, résultant du même titre, du même engagement du même débiteur ; l'hypothèque qui était l'accessoire de cette créance l'a suivie en participant aux mêmes vicissitudes.

possible lorsque la créance à laquelle l'hypothèque a été primitivement attachée est seulement éventuelle et que cette hypothèque a, par conséquent, ce même caractère.

En résumé, des titres d'obligations, aux mains de la société qui les a créés, ne sont que des projets de titres d'emprunt, des morceaux de papier sans valeur. La souscription de ces obligations par un tiers, tant qu'elle n'a pas été réalisée par le versement des espèces promises, ne rend pas la société débitrice. Seule, la libération des obligations peut en faire des véritables titres de créance contre la société et conférer à leur porteur un droit susceptible d'être cédé ou remis en gage. Mais comme, une fois libérées, les obligations ont nécessairement passé aux mains des obligataires, on ne conçoit pas que la société puisse jamais elle-même constituer juridiquement un nantissement sur ses propres obligations.

CHAPITRE IV

*La dation en gage des obligations peut-elle être considérée
comme équivalant à leur émission ?*

L'argument que nous allons examiner maintenant est peut-être le plus sérieux qui ait été présenté en faveur de la validité des obligations remises dans les conditions qui nous occupent, et nous en trouvons une excellente réfutation dans le jugement confirmé par l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 12 juillet 1906.

« L'émission d'obligations, disait le créancier nanti, a pour but de procurer des fonds à la société ; si, le plus souvent, la réception de ces fonds est concomitante à la remise des titres, rien ne s'oppose, ni dans la loi, ni dans le contrat, à ce que cette réception soit subordonnée à une échéance ou à une condition. Tout en se dessaisissant des titres entre les mains du prêteur, la société peut valablement lui accorder terme et délai pour le versement de tout ou partie de son prêt, le contrat ne devant être définitivement formé et les droits attachés aux titres ne devant lui profiter que lorsque ce versement aura été réellement effectué et dans la mesure de ce versement. La société aurait pu valablement, sans aucun doute, me remettre ses titres d'obligations en paiement de marchandises fournies ou même

à fournir. Or, en me remettant un certain nombre de titres en garantie des avances d'argent que je lui consentais, la société entendait me faire profiter, pour le remboursement de mes avances, des sûretés attachées à ces titres, c'est-à-dire en réalité me les attribuer, jusqu'à dûe concurrence, en paiement de la somme dont elle pourrait se trouver débitrice à une époque déterminée. Comment soutenir que ces obligations sont sans cause, alors que la remise de ces titres a été déterminée précisément par les versements que j'ai faits à la société ? Les sommes que j'ai décaissées sont donc la véritable contre-partie des dites obligations. Ma situation est la même que si j'avais directement souscrit ces obligations, et les fonds que j'ai versés doivent être appliqués à leur libération ».

A cette argumentation, il sera presque toujours possible de répondre d'abord, qu'en fait, cette interprétation est contraire aux conventions des parties qui, le plus souvent, auront manifesté la volonté expresse de faire deux contrats distincts, affectés de conditions différentes, l'un principal, une ouverture de crédit, et l'autre accessoire, un nantissement (1). Assurément, on

(1) C'était notamment le cas dans l'espèce de Lyon :

« Attendu que, sauf en matière fiscale, la dation en gage par une société de ses obligations, non souscrites effectivement, ne saurait être considérée comme une émission véritable desdites obligations, donnant droit au créancier nanti de se comporter comme le titulaire et le propriétaire de ces titres, et lui conférant les droits d'hypothèque qui peuvent y être attachés.

» Attendu, au reste, que toutes les circonstances révélées aux

ne doit pas attacher une importance exagérée à la qualification que les parties ont attribuée à leurs conventions. Il faut rechercher surtout quelles ont été leurs intentions et s'efforcer de leur faire produire effet (art. 1156 et 1157 C. Civ.). Mais on ne doit pas non plus, sous ce prétexte, dénaturer les conventions des parties ; lorsque les actes sont conçus en termes clairs et formels, il n'y a pas matière à interprétation, et le juge ne peut pas substituer des combinaisons nouvelles à celles que les parties ont cru devoir adopter.

Sur ce point, malgré l'importance qu'il peut avoir dans chaque espèce, il nous est difficile d'insister davantage, à raison du caractère doctrinal de cette étude et de l'abstraction que nous sommes obligés de faire de toutes les circonstances de fait, extrêmement variées, qui peuvent se présenter dans la pratique.

Mais pour mieux faire ressortir qu'il ne s'agit point d'une question de mots, signalons une circonstance qui se rencontre généralement dans la plupart des espèces de ce genre et qui mérite de retenir l'attention,

débats démontrent que les conventions intervenues n'ont eu pour objet qu'une ouverture de crédit, contrat principal, et un nantissement, contrat accessoire ; que les parties contractantes n'ont jamais entendu convenir que Raverot aurait d'autres droits que celui de gage ; que c'est donc par une véritable contradiction avec l'évidence même des faits que l'intervenant, confondant les deux qualités de propriétaire et de gagiste, vient prétendre aujourd'hui que les sommes par lui versées à la société doivent être appliquées, jusqu'à due concurrence, à la libération des titres qu'il a entre les mains.

Trib. Civ. Lyon 22 juillet 1905, sous arrêt Cour de Lyon 12 juillet 1906 (Mon. Jud. Lyon 5 novembre 1906).

car elle nous paraît, au point de vue de la question qui nous occupe en ce moment (l'imputation des fonds avancés par le détenteur des obligations sur leur libération), significative de l'intention des parties. Le montant des obligations remises en garantie est presque toujours très supérieur aux sommes que le créancier a consenti à avancer à la société. Pour faire à la société une ouverture de crédit de 100.000 fr. un banquier aura exigé, par exemple, la remise en garantie de 200.000 fr. d'obligations, soit 400 obligations de 500 fr. chacune, faisant partie, supposons-nous, d'une série de 800 obligations destinées à obtenir un emprunt de 400 000 fr.

Il est d'abord évident, quelle que soit la dénomination donnée au contrat, que le créancier ne pourra jamais prétendre recevoir plus que sa créance, soit 100.000 fr., dans notre hypothèse, et que, si la réalisation des obligations qu'il détient produit davantage, il devra restituer le surplus à la société, ou en cas de faillite, à la masse des créanciers. Mais admettons que, par suite des conditions défectueuses dans lesquelles sont réalisés les immeubles de la société (son seul actif supposé), ceux-ci ne soient vendus que pour 200.000 fr. Le créancier nanti qui se trouve porteur de 400 obligations hypothécaires de 500 fr. chacune, bien qu'il n'ait avancé que 100.000 fr., recevra-t-il sur ces 400 obligations le même dividende que les porteurs des 400 autres obligations de la même série qui auraient souscrit ces dernières dans des conditions normales et versé 200.000 fr. à la

société ? La conséquence de cette égalité de traitement des obligations serait une inégalité flagrante entre les deux catégories de porteurs. Le créancier nanti de 400 obligations recevrait 100.000 fr., c'est-à-dire la totalité de sa créance ; les souscripteurs des 400 autres obligations recevraient aussi 100.000 fr., c'est-à-dire seulement la moitié de leur créance. Nous pensons que le caractère accessoire de l'hypothèque, sans existence légale indépendante de la créance qu'elle garantit, s'oppose à un pareil résultat. Nous croyons impossible d'admettre qu'un créancier puisse stipuler valablement à son profit l'attribution d'une hypothèque supérieure à sa créance dans le but d'échapper à la concurrence d'autres créanciers hypothécaires de même rang. Nous reviendrons d'ailleurs plus loin (page 74), sur ce point avec plus de détails.

Faudra-t-il considérer le créancier de 100.000 fr. comme valablement porteur de 200 obligations et annuler les 200 autres qui se trouvent au même titre entre ses mains ? Ce n'est vraisemblablement pas la solution que les parties avaient prévue au moment du contrat. Nous signalons seulement cette difficulté ; beaucoup d'autres peuvent se présenter dans la pratique.

Pour éviter ces objections, le même argument a été présenté sous une autre forme « Les titres d'obligations et les droits divers qui y sont attachés, a-t-on soutenu, ont leur contre-partie, c'est-à-dire leur cause, non pas

précisément dans les fonds avancés ou à avancer par le banquier, mais dans le crédit lui-même consenti ou maintenu à raison de gage, c'est-à-dire dans la promesse de différer l'échéance d'une dette. La cause d'un engagement, c'est l'avantage que la partie qui s'oblige se propose d'obtenir en s'obligeant ; elle peut varier à l'infini suivant la nature de la convention, et il est satisfait à la disposition de l'art. 1131 C. Civ. (1) dès que l'auteur de l'engagement est déterminé à le prendre pour un motif juridiquement suffisant (2). Lorsque la société remet en nantissement à un tiers des obligations par elle créées, le but de son engagement, constaté par ces titres, ou en d'autres termes la contre-partie de leur valeur nominale ne doit donc pas nécessairement être constituée par un versement en espèces. La contre-partie peut être constituée d'une manière quelconque, pourvu qu'elle existe ; et la société qui émet les obligations reste libre d'apprécier si les avantages qu'elle reçoit équivalent à ceux qu'elle offre avec la remise des titres. La société qui veut obtenir qu'un banquier lui ouvre un crédit, ou lui maintienne un crédit antérieurement ouvert, et qui remet dans ce but au banquier, à titre de nantissement, des obligations hypothécaires qu'elle a créées, trouve, de toute évidence, un avantage

(1) L'art. 1131 C. Civ. est ainsi conçu : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

(2) AUBRY et RAU, 4^e édition, t. IV, p. 320.

dans cette opération. Sans la remise des titres en nantissement le banquier ne donnerait pas le crédit ».

La formule même de ce raisonnement suffit, à notre sens, à en révéler le vice. Sans doute, l'ouverture de crédit est la cause du nantissement ; mais nous n'avons jamais prétendu que le nantissement dont il s'agit fût nul, faute de cause ; nous avons dit qu'il était nul, faute d'objet ; le défaut de cause que nous incrimons n'affecte pas le contrat de nantissement, mais les obligations elles-mêmes, c'est-à-dire l'objet du nantissement. La réponse nous paraît péremptoire.

D'autre part, si l'on voulait considérer, malgré tout, soit les fonds avancés par le créancier nanti, soit le *crédit* consenti par lui comme étant la cause des obligations elles-mêmes, on se heurterait encore à une autre objection qui a été parfaitement mise en lumière par le jugement du Tribunal civil de Lyon, dans le passage déjà cité plus haut en note (p. 44). Si la contre-partie des obligations de la société (fonds ou crédit) avait été fournie par le créancier nanti, celui-ci en serait devenu *ipso facto* le titulaire, le propriétaire. Or, on connaît l'incompatibilité absolue qui existe entre la qualité de propriétaire et celle de détenteur gagiste ; on ne peut pas être à la fois détenteur à titre de gage et propriétaire d'un même objet. Dans l'espèce, le créancier de la société, ayant reçu les obligations à titre de gage, n'a pas pu en devenir propriétaire (ce qui serait advenu si les fonds qu'il a versés à la société ou les avantages

qu'il lui a procurés devaient s'appliquer à la libération des obligations). S'il n'en est pas propriétaire (et personne ne l'étant à sa place) il en résulte que ces obligations, n'ayant point de titulaire, ne peuvent être tenues pour des obligations *émises*. On voit donc que la formule si facilement accueillie par quelques arrêts : « que la dation en gage des obligations équivaut à une émission véritable... », n'est rien plus qu'une hérésie juridique (1). L'émission et le nantissement sont deux opérations essentiellement contradictoires. Dans l'émission, celui qui reçoit les obligations, c'est l'obligataire. Dans le nantissement, au contraire, celui qui reçoit les obligations ne doit pas être l'obligataire.

Si donc le créancier d'une société qui reçoit de celle-ci ses propres obligations en gage ne peut être considéré comme leur souscripteur, sera-t-on autorisé du moins à prétendre que ces obligations sont souscrites par la société elle-même ? C'est ce qu'a dit la Cour de Cassation, dans un arrêt du 19 juillet 1875 (D. 1875.1.462) et, pour se dispenser de justifier son opinion, elle s'est bornée à affirmer : « que les titres d'obligations, remis en garantie de remboursement d'avances faites à la compagnie de qui elles émanent, sont *nécessairement* souscrits par elle, et, par suite, passibles du droit proportionnel de timbre établi par l'art. 27 de la loi du

(1) Req. 19 juillet 1875 (D. 1875.1.462) ; Req. 13 juin 1903 (D. 1904.1.326) ; contra : Besançon, 5 août 1903 (D. 1904.2.465) ; Paris, 3 août 1895 (D. 1897.2.73).

5 juin 1850 ». Si la solution donnée par cet arrêt nous paraît exacte, comme nous l'avons reconnu plus haut (page 8), ce motif nous semble du moins absolument inadmissible. Comment ? la société serait le souscripteur de ses propres obligations, c'est-à-dire que la société devrait être considérée comme ayant pris envers elle-même l'engagement de se prêter et de se rembourser une somme ! Cette conception se heurte manifestement aux principes élémentaires de notre droit, que nous avons rappelés au début de cette étude, savoir qu'une créance suppose deux personnes, un créancier et un débiteur, et qu'on ne peut pas être créancier de soi-même. A moins qu'il ne faille entendre cet arrêt en ce sens : l'obligation est souscrite par la société, cela veut dire que la société est engagée. Mais alors, la Cour de Cassation admettrait-elle la théorie de l'engagement unilatéral, de la dette sans créancier ? Ce serait bien surprenant et en contradiction avec beaucoup d'autres de ses arrêts.

En somme, la préoccupation dominante de tous ceux qui s'efforcent de justifier cette espèce singulière de nantissement, c'est de faire produire des effets utiles à la volonté des parties, abstraction faite des formes dans lesquelles cette volonté s'est manifestée. La société a entendu donner une garantie ; le créancier a entendu recevoir une garantie ; donc cette garantie doit exister. La société a *utilisé* ses obligations comme instrument de crédit ; donc ces obligations ont une existence juri-

dique. Comme si la prétention d'*utiliser* un droit apparent pouvait suffire à créer ce droit ! Nulle part cet état d'esprit ne s'est révélé plus clairement que dans l'arrêt de la Cour de Paris du 28 juin 1906 (Sous Cass. civ. 23 février 1909. D. 1909.1.478).

Suivant cet arrêt, « si des titres créés par une société qui les a conservés n'ont pas d'existence propre, il n'en est pas de même lorsque ces titres, qui sont négociables, ont fait l'objet d'une convention destinée à conférer à un tiers des droits sur eux, alors même qu'aucun souscripteur ne les aurait appropriés ». Et pourquoi donc ? Parce que dans ce cas, ajoute l'arrêt, « le bénéficiaire de la convention est investi d'un droit propre sur les titres qui lui ont été remis ». Est-ce là une raison suffisante ? Qu'on ait voulu conférer à ce tiers un droit *sur les titres*, ce n'est pas douteux ; mais il ne s'agit pas de cela, il s'agit de savoir si ces titres eux-mêmes sont bien de véritables titres, c'est-à-dire *des titres de créance*, s'ils représentent un droit *contre la société*. Or, nous avons précédemment démontré que non, par une analyse qui nous semble irréfutable. Nous n'avons jamais d'ailleurs méconnu, à proprement parler, le droit propre du tiers détenteur *sur les titres*, mais ce droit sera sans intérêt pratique, si les titres ne représentent rien et il est alors superflu de rechercher la nature particulière de ce droit, sur laquelle, au surplus, la Cour de Paris ne s'explique pas, bien qu'elle semble le considérer comme un véritable droit de gage, puisqu'elle déclare finale-

ment que les obligations dont il s'agit ont pu faire l'objet d'un nantissement. « Considérant, dit la Cour de Paris, que les obligations, à l'émission desquelles un créancier est intéressé, ont une existence légale complète, et étant matériellement transmissibles, bien que frappées d'une indisponibilité momentanée, réunissent tous les éléments d'une créance contre la société qui les a souscrites, et peuvent, dès lors, faire l'objet d'un nantissement ».

La Cour de Paris reproduit ainsi la formule adoptée par la Chambre des Requêtes dans ses arrêts du 13 juin 1903 et du 1^{er} août 1906, avec cette différence importante toutefois que, tandis que la Chambre des Requêtes avait considéré les obligations remises en nantissement comme *émises*, contrairement d'ailleurs à toute vraisemblance, la Cour de Paris reconnaît que ces obligations ne sont pas émises, puisqu'elle déclare le créancier qui les a reçues en nantissement *intéressé à leur émission*.

De tout ce qui précède, ce qui résulte peut-être de plus clair, c'est l'impossibilité juridique de constituer un nantissement proprement dit dans les conditions qui viennent d'être examinées.

Si les obligations étaient valables, elles représenteraient un droit de créance contre la société ; or, ce droit de créance ne pourrait pas être donné en gage par le débiteur (la société), mais seulement par le créancier (l'obligataire).

D'ailleurs, si aucun versement n'a été fait à la société

pour la libération de ses obligations, celles-ci, même souscrites, n'ont aucune existence légale, elles ne peuvent faire l'objet d'un nantissement.

Si l'on voulait imputer, sur la libération des obligations remises en garantie, les avances faites à la société par son créancier, celui-ci ne pourrait plus être considéré comme détenant ces obligations à titre de gage, accessoirement à sa créance primitive, il serait propriétaire des obligations et n'aurait pas d'autre créance contre la société que celle qui résulterait de sa qualité d'obligataire, ce qui serait contraire à la convention supposée.

En vérité, il ne peut pas être question sérieusement de nantissement dans de pareilles conditions ; les caractères essentiels de ce contrat, tels qu'ils sont définis par la loi, répugnent absolument à la combinaison envisagée.

Nous allons voir maintenant s'il ne serait pas possible de trouver, pour ce genre d'opération, une forme qui permit de donner satisfaction, dans une certaine mesure au moins, à l'intention des parties et de faire produire effet à leur volonté.

CHAPITRE V

*Forme de contrat proposée : mandat d'émission,
délégation, souscription conditionnelle.*

M. Albert Wahl, dans l'article qu'il a consacré à notre sujet (*Journal des Sociétés*, année 1904, page 97) et aussi dans la note qu'il a publiée sous l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 13 juin 1903 (S. 1905.1.497), déclare que ce qui a sans doute le plus obscurci la question, c'est la forme et le nom de nantissement dont on s'est servi dans la pratique pour cette sorte de contrat, et il fait observer que rien ne s'opposerait à la validité de cette opération si on la considérait comme un mandat d'émission. « De même que la société pourrait assurément, dit-il en substance, s'engager envers son créancier à le rembourser sur le prix des obligations qu'elle se propose d'émettre, elle peut aussi charger ce créancier de lui trouver des obligataires, de placer ses obligations et de se rembourser directement de ses avances sur le produit de l'émission ainsi faite, à l'heure le plus favorable, par ses soins. De cette manière ce créancier évitera, de la part des autres créanciers de son débiteur, le concours qu'il serait exposé à subir si la société émettait elle-même ses obligations (1). Le créancier qui

(1) Il pourra toujours, en effet, repousser leurs prétentions par l'exercice du droit de rétention ; il y a corrélation entre les avances

se charge ainsi de trouver des prêteurs liera envers eux son débiteur dès le moment où l'emprunt aura été contracté ; il a stipulé à l'avance pour le compte de ces prêteurs, et la stipulation se trouvera réalisée par l'emprunt ; elle est incontestablement valable, puisqu'elle est la condition d'une stipulation que le créancier fait pour lui-même et qui consiste dans le remboursement des fonds qu'il a avancés à son débiteur ».

Que les parties soient libres de faire une pareille convention, cela ne paraît pas douteux, dans l'état de nos lois, qui permettent de conclure les opérations les plus variées et ne limitent point le champ des contrats innomés, à la condition de ne point heurter les principes généraux de notre droit.

Il s'agit, d'ailleurs, essentiellement d'une véritable délégation de créance (art. 1275 C. Civ.) : la société délègue à son créancier mandataire la créance qu'elle pourra acquérir contre les souscripteurs futurs de ses obligations. Il est admis qu'une créance conditionnelle ou même purement éventuelle peut faire l'objet d'une délégation (1). Cette délégation, acceptée d'abord par le délégant (la société) et le délégataire (le créancier chargé d'émettre les obligations), deviendra définitive par l'acceptation du délégué (le souscripteur des obliga-

faites par le créancier et la détention des titres ou de leur produit, et on ne peut l'obliger à les restituer qu'à la condition de le rembourser.

(1) Ainsi jugé qu'un bailleur peut déléguer à son créancier des fermages non encore échus. (Rouen, 28 novembre 1825, S. chr.).

tions). Pour qu'elle soit opposable aux tiers, il ne sera pas nécessaire de recourir aux formalités prescrites par l'art. 1690 C. Civ., en matière de cession de créance (signification au débiteur cédé ou délégué), pourvu du moins que la délégation se trouve rappelée dans l'acte même qui donne naissance à la créance du délégant, c'est-à-dire dans le bulletin de souscription de l'obligation. Dans ce cas, en effet, comme le titre de la créance (1) porte à la connaissance de tous l'éventualité de son attribution au délégataire, il n'y a aucune surprise à craindre pour les tiers et la jurisprudence décide qu'il n'y a plus lieu d'assujettir le délégataire aux formalités prescrites par l'art. 1690 C. Civ. (2). Ainsi, il n'y a donc pas à craindre que les autres créanciers de la société puissent faire utilement des saisies-arrêts aux mains des souscripteurs des obligations avant leur libération, en supposant que la souscription et la libération ne soient pas simultanées.

Il semble même que cette manière d'envisager la combinaison offre aux parties plus d'avantages que le nantissement proprement dit. Cela leur permettra, en effet, d'échapper aux règles impérieuses auxquelles se trouvent soumises par la loi soit la constitution du gage

(1) Ce titre sera le bulletin de souscription, puisqu'il s'agit de la créance déléguée, c'est-à-dire de la créance de la société contre le souscripteur de l'obligation.

(2) Comp. Cassation 24 juillet 1889 (S. 1892.1.295) avec une note de M. Carsonnet ; Bordeaux, 3 juillet 1895, sous Cass. 24 juin 1896 (D. 1897.1.353).

(art. 2074 et 2076 C. Civ. ; art. 91 C. Com.), soit sa réalisation (art. 2078 C. Civ. et art. 93 C. Com.). Sous cette forme la convention n'a pas besoin d'être constatée par un acte enregistré. Il n'est pas nécessaire que le créancier soit immédiatement mis en possession des obligations, bien que cette mise en possession lui soit fort utile en fait, pour le mettre à l'abri de certains dangers. Si la société conservait les titres, en effet, elle pourrait plus tard, de mauvaise foi, refuser de les livrer ou les émettre elle-même. Enfin, le créancier n'a pas besoin de garder les titres en sa possession jusqu'à l'échéance de sa créance, comme il serait obligé de le faire en cas de gage ; il peut en disposer sans être assujetti aux formalités prescrites par les art. 2078 C. Civ. et 93 C. Com. ; il peut les mettre en circulation au moment le plus opportun, ou encore stipuler qu'il les prendra lui-même en paiement de sa créance ; la prohibition du pacte commissaire en matière de gage ne saurait plus lui être opposée.

Mais qu'advient-il si la société est déclarée en faillite avant que les obligations remises au créancier n'aient été placées ? Pour M. Albert Wahl, le créancier n'ayant reçu que le mandat de faire l'émission, ce mandat tombe par la faillite (art. 2003 C. Civ.), les obligations perdent ainsi toute valeur (1) et le créancier détenteur est réduit à la situation des créanciers chiro-

(1) Il nous semblerait plus juste de dire qu'elles perdent toute susceptibilité d'en acquérir.

graphaires. Rien ne serait plus équitable, car les créanciers de la masse n'ont pas dû s'attendre au concours des obligataires, du moment que l'émission n'avait pas eu lieu, et que rien ne leur a révélé le contrat par lequel les obligations ont été remises au prêteur de la société.

« Ainsi envisagée, ajoute M. Wahl, la convention nous paraît répondre entièrement à l'intention des parties et en même temps faciliter, dans la plus large mesure, les opérations par lesquelles une société, à la suite ou dans la crainte d'une émission infructueuse, se procurera les fonds que cette émission devait lui attribuer. L'émission sera effectuée à la première occasion favorable, au lieu d'être faite hâtivement, sans souci des conditions du marché, pour répondre à une nécessité urgente. Le banquier, sûr de pouvoir procéder à l'émission quand il le jugera utile, consentira volontiers une avance dont-il recouvrera tôt ou tard le montant ».

Cette dernière affirmation nous paraît bien téméraire, étant donnée l'influence qu'aurait, d'après M. Wahl, sur l'efficacité de la convention dont il s'agit, la survenance de la faillite de la société avant le placement des obligations. La société qui est obligée de recourir aux moyens de crédit que nous étudions n'est pas une société prospère ; sa déclaration en état de faillite est à craindre, d'un jour à l'autre ; le banquier prêteur n'est jamais sûr de pouvoir utilement procéder à l'émission des obligations avant cette faillite, et si la remise des obligations ne doit présenter aucun avantage au banquier,

pour le cas où il ne réussirait pas à effectuer leur placement avant la faillite de la société, il est bien probable que le banquier ne voudra rien prêter. La garantie qu'on lui offre est illusoire puisqu'elle disparaîtrait dans la circonstance où elle serait le plus nécessaire, en cas de faillite du débiteur. M. Wahl dit ailleurs qu'au surplus la vente des obligations, effectuée au cours de la faillite de la société, aurait plus d'inconvénients que d'avantages, car elle ne pourrait se faire qu'à vil prix et ne procurerait qu'un profit insignifiant au créancier détenteur. Cet avis n'est pas encourageant pour le prêteur ; mais il ne nous paraît pas absolument fondé dans le cas où les obligations sont affectées d'un privilège ou d'une hypothèque. Comme on le voit, l'intérêt de la solution proposée par M. Wahl est singulièrement restreint.

M. Thaller (1) et M. Paul Appleton (2) estiment, au contraire, que la faillite de la société, survenant avant l'émission des obligations, ne mettrait point fin au mandat donné par elle à son créancier, car ce mandat, ayant été conclu dans l'intérêt des deux parties, est irrévocable. La question ainsi posée ne paraît pas pouvoir, en principe, être résolue autrement. La jurisprudence et la doctrine sont unanimes pour admettre que lorsqu'un mandat dépend d'un ensemble de conventions, dont toutes les parties sont corrélatives, lorsqu'il se

(1) Note sous Cass. 16 mars 1904 (D. 1904.1.321).

(2) Note sous Besançon, 5 août 1903 (D. 1904.2.465).

rattache à un contrat complexe dans lequel l'engagement pris par l'un des co-contractants est la condition des engagements pris réciproquement par l'autre, les ayants cause du mandant tombé en état de faillite ne peuvent, pas plus que ne le pourrait le failli lui-même, scinder le contrat, et, en admettant les dispositions qui leur profitent, rejeter celles qui seraient à leur charge (1).

Pour nous, nous admettons volontiers, malgré la généralité des termes de l'art. 2003 C. Civ., que les causes de révocation établies par cet article ne peuvent être appliquées au mandat donné au mandataire dans son intérêt, ou, en d'autres termes, au mandat du *procurator in rem suam*. Cependant, l'émission des obligations d'une société déjà déclarée en faillite nous paraît une chose tellement contraire aux principes les plus certains du régime légal des sociétés et des faillites, elle est susceptible de présenter de si graves inconvénients dans la pratique, que nous avons peine à croire qu'elle puisse se faire, même par un mandataire intéressé. D'abord, en fait, cette émission ne se réaliserait

(1) Cass. 31 juillet 1872 (D. 1872.1.300).

Douai, 22 décembre 1848 (S. 1850.2.161).

Bordeaux, 19 août 1831 (S. 1832.2.200).

V. cep., en sens contraire, Douai, 20 février 1847 (D. 1848.2.93).

DALLOZ. Rép. V^o Mandat, n^o 459 ; supp. Eod. V^o, n^o 191.

P. PONT, t. I, n^{os} 1140 et 1159.

AUBRY et RAU, t. IV, p. 654, § 417.

LAURENT, t. 28, n^{os} 86 et 95.

GUILLOUARD, n^{os} 233 et 244.

certainement que dans des conditions désastreuses, par suite du discrédit jeté sur ses titres par la faillite de la société et de l'incertitude de la valeur que pourra procurer la réalisation des immeubles affectés à la garantie du remboursement des obligations ; une émission, en de pareilles circonstances, pourrait donner lieu aux spéculations les plus préjudiciables aux intérêts de la masse. Seuls des spéculateurs bien renseignés se risqueront à acheter des obligations qui ne sont plus susceptibles de produire des intérêts et qui sont destinées à être remboursées aussitôt après la clôture des opérations de la faillite. Ensuite, et en droit, l'exécution de ce mandat d'émission après la faillite de la société aurait pour effet, contrairement aux dispositions les plus formelles du Code de Commerce sur la matière (art. 443 et suivants), de grever le patrimoine du failli d'une dette nouvelle, de susciter des créanciers nouveaux (les acquéreurs des obligations) au détriment de la masse, alors que le caractère essentiel de la déclaration de faillite est de fixer instantanément l'état du patrimoine du failli tant à l'actif qu'au passif.

Si nous admettons à la rigueur la survivance du mandat à la faillite du mandant pour de simples actes d'administration, nous en doutons davantage, lorsqu'il s'agit d'actes de disposition, les effets du dessaisissement résultant de la déclaration de faillite devant être, à notre avis, envisagés plus rigoureusement lorsqu'il s'agit d'actes de cette dernière catégorie. Il faut encore

remarquer qu'ici nous ne nous trouvons pas en présence d'un contrat complètement formé, parfait, avant la faillite de la société ; comme nous l'avons vu plus haut (page 56), ce contrat complexe constitue pour partie, en dernière analyse, une stipulation pour autrui dans laquelle la société joue le rôle de promettant, son créancier, celui de stipulant, et les preneurs éventuels de ses obligations le rôle de tiers bénéficiaires. C'est seulement par la souscription effective des obligations que cette stipulation sera réalisée, que la société sera liée envers ses obligataires. Or, l'acceptation de la stipulation pour autrui par les tiers bénéficiaires peut-elle intervenir utilement après la faillite du promettant ? C'est une question fort délicate, que nous ne faisons qu'indiquer, parce que son examen nous entraînerait trop loin de notre sujet, et qui peut être tranchée différemment suivant le système que l'on choisit entre tous ceux qui ont été proposés par les auteurs relativement à la nature du droit du tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui et à l'époque où ce droit prend naissance (1).

Enfin, à un autre point de vue, nous savons qu'une émission d'obligations n'est valable et n'engage la société à l'égard des obligataires que lorsqu'elle est régulière, conforme aux autorisations des assemblées générales d'actionnaires, ordinairement exigées par les statuts. Pourra-t-on dire qu'il en sera ainsi d'une émis-

(1) V. FUZIER-HERMAN. V^e stipulation pour autrui, n^o 98 et suiv.

sion d'obligations réalisée après la faillite de la société, dans des circonstances qui ne permettent plus de respecter les conditions prévues : prix d'émission, service des intérêts, amortissement, etc....

Il nous paraît donc bien difficile d'admettre la possibilité, pour le créancier qui nous intéresse, d'exécuter après la faillite de la société le mandat qu'il a reçu et d'émettre des obligations d'une société qui, si elle n'a pas encore légalement cessé d'exister, est du moins devenue incapable, à l'égard de la masse de ses créanciers, de s'obliger valablement.

C'est bien aussi, semble-t-il, l'opinion manifestée par la Chambre civile de la Cour de Cassation, dans son arrêt du 23 février 1909 (D. 1909 1.478). Après avoir constaté que la société avait donné à son créancier, en garantie de ses avances, un mandat d'émission nettement caractérisé, en spécifiant qu'il devait appliquer au remboursement de sa créance tout ou partie des fonds à provenir du placement successif des dites obligations dans le public, après avoir déclaré que ce contrat conférait au créancier un droit propre sur les titres qu'il détenait (ce qui n'est pas en question), la Cour de Cassation décide « qu'en cas de liquidation judiciaire, *rendant impossible la continuation de l'exécution du contrat*, il appartient aux Tribunaux de prescrire les mesures nécessaires pour assurer au prêteur le bénéfice du droit qu'il a ainsi acquis.... », et dans ce cas elle ajoute : « Que c'est à bon droit que la Cour de Paris a décidé

qu'il y avait lieu de procéder à la réalisation des sûretés fournies par la Compagnie d'Eclairage et de vendre, dans les formes prescrites par l'art. 93 C. Com., les obligations demeurées entre les mains de son créancier....»

Nous ne saurions approuver ces dernières conclusions de la Cour suprême. D'abord, en principe, nous pensons qu'il appartient aux parties de régler les conditions et modalités d'exécution de leurs contrats, d'en prévoir les effets, et nous n'admettons pas que les Tribunaux puissent se substituer aux parties pour suppléer à l'insuffisance de leurs conventions. Ensuite, et plus spécialement, nous ne comprenons pas que la Cour de Cassation après avoir reconnu que la liquidation judiciaire de la société rendait impossible la continuation de l'exécution du contrat, c'est-à-dire l'émission des obligations, ait décidé que la vente de ces mêmes obligations pouvait être effectuée dans les formes prescrites par l'art. 93 C. Com. Vendre des obligations qui n'ont pas encore été émises n'est-ce donc pas précisément les émettre ?

M. Chatel (1), dans l'étude très remarquable qu'il a consacrée à notre sujet, estime comme nous, sans en donner d'ailleurs de raisons bien précises, que la possibilité de la vente des titres est tout à fait contestable au lendemain de la faillite de la société. Il fait remarquer aussi que le bénéfice que le créancier pourra retirer de cette vente, en pareille circonstances, sera bien souvent

(1) CHATEL, thèse 1907, page 183.

problématique, même au cas le plus favorable où les obligations sont hypothécaires, de sorte que, finalement, le résultat le plus clair de l'opération sera de grever le passif de la société d'une dette bien supérieure à celle que le produit de l'émission de ses obligations à vil prix lui aura permis d'éteindre.

C'est pour toutes ces raisons qu'il convient de rechercher une forme de contrat qui, en même temps qu'elle échapperait aux difficultés juridiques que nous venons de signaler, et qu'elle offrirait aux parties de sérieux avantages pratiques, permettrait à ces dernières de régler elles-mêmes les effets de leurs conventions, de prévoir les mesures propres à assurer, en toute hypothèse, le bénéfice des droits qu'elles entendent créer, sans abandonner éventuellement ce soin à l'arbitraire des Tribunaux.

Le contrat qui nous paraît le plus recommandable consiste à prévoir, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de la société, au lieu de l'émission des obligations, leur attribution directe au créancier détenteur. Si celui-ci n'a pas réussi à émettre les obligations dans le public, comme il en a reçu le mandat, lorsque survient la faillite de la société, il les gardera pour son compte jusqu'à concurrence du montant de sa créance. Cette stipulation n'a rien d'illicite, puisque nous ne sommes pas en présence d'une convention de gage. D'autre part, elle ne se heurte pas aux mêmes objections que l'exécution du mandat d'émission, après la faillite

de la société, il ne s'agit plus de trouver un créancier nouveau ; le banquier qui a stipulé qu'il prendrait les obligations à son compte, au cas où il ne réussirait pas à réaliser l'émission dont il avait reçu le mandat, et où il serait lui-même créancier de la société, peut être considéré comme le souscripteur et le titulaire de ces obligations, sous cette double condition suspensive, depuis le jour de leur remise, c'est-à-dire avant la faillite de la société. C'est exactement la solution proposée par M. Chatel dans sa thèse, que nous ignorions lorsque nous avons commencé à écrire cette étude. Si notre proposition se trouve donc dépourvue de l'originalité que nous lui supposions, du moins sommes-nous heureux de nous être rencontrés à notre insu avec l'auteur distingué qui, avant nous, a traité le même sujet avec une remarquable maîtrise. Cette circonstance augmente encore notre confiance dans l'exactitude de notre opinion.

Dira-t-on que cette combinaison suppose encore deux dettes distinctes, celle de la société envers le banquier à raison de ses avances, et celle du banquier envers la société à raison des obligations qu'il est réputé avoir souscrites conditionnellement ; que le dessaisissement de la société, par suite de sa déclaration de faillite, fait obstacle à toute compensation entre les deux dettes ; que le banquier devra, comme créancier de la société, subir la loi du dividende, tandis que comme débiteur il devra payer la totalité de sa dette ?

Nous répondrons que le principe, d'après lequel le dessaisissement du failli empêche la compensation, a reçu de la jurisprudence un tempérament très équitable en ce qui concerne les *dettes connexes*. Lorsque deux prestations proviennent d'une même opération, le syndic de la faillite ne peut réclamer l'une pour le tout, sans, de son côté, offrir aussi la contre-prestation intégrale, c'est-à-dire que le tiers qui est à la fois débiteur et créancier du failli a le droit, en pareil cas, de compenser les deux prestations (1). La jurisprudence a fait de cette règle des applications intéressantes en matière de reprises matrimoniales (2) et surtout de compte courant (3). Ainsi il a été jugé qu'en cas de faillite du mari, l'art. 446 C. Com. ne met pas obstacle à la compensation entre les reprises de la femme et les indemnités dues par celle-ci à la communauté, lors même que la liquidation des unes ou des autres serait postérieure à la déclaration de faillite ; la balance du compte des récompenses et des reprises constitue seule la femme créancière et débitrice relativement à la faillite. Jugé encore que lorsqu'un banquier et un commerçant sont en compte courant, les effets de commerce endossés par

(1) THALLER et PERCEROU. Traité de Droit commercial, des faillites, t. I, page 467.

(2) Caen, 22 juillet 1874 (D. 1876.2.138 ; S. 1879.2.145. Note Labbé). Amiens, 16 mai 1877 (D. 1880.2.215).

Cass. 3 mars 1891, *Journal des faillites* 1891, p. 157.

(3) Douai, 5 mars 1903 (D. 1906.2.92).

Montpellier, 19 janvier 1899, et Caen 28 janvier 1899 (D. 1901.2.289. Note THALLER).

le second au profit du premier ne figurant au crédit de l'endosseur que sauf encaissement, lorsque les effets remis par le crédité ne sont pas payés à l'échéance, le créiteur est fondé à les contre-passer et à les reporter au débit de l'endosseur ; en cas de faillite ou de liquidation judiciaire du crédité, cet événement ayant pour effet d'arrêter et de clore définitivement le compte courant, le créiteur ne produit que pour la balance du compte ainsi rectifié et, ne pouvant être considéré comme ayant produit pour le montant des effets impayés à l'échéance, il conserve le droit d'en poursuivre le recouvrement intégral contre tous les signataires.

Dans notre hypothèse, on pourrait formuler la convention de la manière suivante. Prenons un exemple et des chiffres pour simplifier les explications.

« La Société X... et C^{ie} donne à M. Y..., banquier, qui accepte, le mandat d'émettre 150 obligations hypothécaires d'une valeur nominale de 500 fr. chacune, créées par elle en vertu d'une délibération de l'assemblée générale de ses actionnaires en date du....., et productives d'intérêts à 5 % l'an.

Lesdites obligations pourront être émises au prix de 470 fr., sous déduction d'une commission de banque de ... fr. par titre.

A valoir sur le produit de cette émission, M. Y... consent à la Société X... et C^{ie} une ouverture de crédit de 45.000 fr., productive d'intérêts à 6 % l'an.

La Société X... et C^{ie} fait délégation à M. Y... jus-

qu'à concurrence du montant de ses avances, des sommes à verser par les souscripteurs de ses obligations ; ces sommes seront appliquées par M. Y... au remboursement de ses avances, en capital et intérêts, et portées au crédit du compte courant ouvert à la société par M. Y..., au fur et à mesure du placement des obligations dans le public.

Au cas où l'émission des obligations susdites ne pourrait être réalisée dans les conditions prévues pour une raison quelconque dans un délai de et où M. Y... ne serait pas encore remboursé de ses avances à la Société X... et C^{ie}, M. Y. . pourra conserver pour son compte ces valeurs, dont il sera considéré comme personnellement souscripteur jusqu'à concurrence de la somme dont il se trouverait encore créancier de la Société X... et C^{ie} ».

Une pareille convention nous paraît de tous points licite. Elle constitue principalement un mandat d'émission, donné en garantie d'une ouverture de crédit. Subsidiatement, éventuellement le banquier créancier souscrit lui-même les obligations, sous la double condition suspensive qu'il ne pourra réaliser, dans les conditions prévues, le mandat d'émission dont il a été chargé, et qu'il sera lui-même créancier de la société ; si cet événement se produit, si la faillite de la société survient avant que les obligations aient pu être émises, et alors que le banquier est encore créancier de ses avances, ce dernier est rétroactivement censé avoir été souscripteur

et titulaire, du jour de leur remise, d'un nombre d'obligations correspondant au montant de sa créance.

Mais quel sera ce nombre, c'est-à-dire à quel prix le banquier s'appliquera-t-il les obligations ? Devra-t-il les prendre pour leur valeur nominale, ou bien les parties auront-elles pu convenir d'avance que le banquier conservera les obligations pour un prix inférieur à la valeur nominale ? On comprend de suite l'intérêt de la question ; des obligations, même hypothécaires, peuvent être remboursées au dessous du pair, par suite de l'insuffisance du gage, et le banquier aurait un avantage manifeste, comme nous l'avons montré plus haut (page 46), à pouvoir en conserver un nombre représentant une valeur nominale supérieure à sa créance, pour se ménager une situation privilégiée par rapport aux autres créanciers de même rang. Il semble, à première vue, que les parties sont libres de stipuler le prix auquel le créancier-mandataire conservera éventuellement les obligations et que c'est ce prix, comparé au chiffre des sommes versées par lui à la société, qui doit servir à fixer le nombre des obligations que ce dernier sera censé avoir souscrites. Le créancier devrait restituer à la société ou à son syndic de faillite le surplus des obligations qui seraient entre ses mains. Il va sans dire que ces dernières obligations devraient être annulées ou détruites, qu'elles ne pourraient, entre aucunes mains, faire concurrence à celles conservées par notre créancier, sur le patrimoine de la société plus ou moins spé-

cialement affecté à leur remboursement. Si le dividende attribué à ces obligations était inférieur au prix stipulé, le créancier perdrait une partie de sa créance, sans même avoir la ressource de produire pour la différence comme créancier chirographaire, puisque, et nous reviendrons plus loin sur ce point, la créance qu'il possédait du chef de ses avances s'est éteinte complètement et définitivement par compensation avec le prix de souscription des obligations qu'il s'est appropriées, et que ces dernières sont devenues son nouveau titre de créance, et le seul. Cette perte éventuelle constitue un risque inhérent à la convention, telle que nous l'avons imaginée et que nous la croyons légalement possible. Il paraît certain, d'ailleurs, que ce risque de perte ne serait pas compensé par une chance de gain, si le dividende affecté aux obligations était supérieur au prix convenu pour leur attribution, la réduction que la jurisprudence fait supporter aux primes de remboursement des obligations en cas de faillite des sociétés ne nous semblant pas permettre au créancier de recevoir dans cette hypothèse, comme nous le verrons plus loin (page 79), quoi que ce soit au-dessus du montant réel de son versement (1). Nous avons encore pensé que le

(1) Le plus souvent, pour assurer le succès de son emprunt, la société qui émet des obligations livre des titres à un taux sensiblement inférieur à celui fixé pour le remboursement. On dénomme prime la différence entre le capital d'émission et le capital de remboursement. Pour quelle somme, en pareil cas, les porteurs des obligations non encore amorties au jour du jugement déclaratif,

créancier pouvait se mettre à l'abri de ce risque, et que pour s'y soustraire, il lui suffirait de stipuler l'appropriation éventuelle de la totalité des obligations remises en garantie sous la seule réserve que le montant de leur remboursement ne pourrait jamais dépasser celui de ses avances réelles. Quel obstacle juridique existe-

pourront-ils produire à la faillite ? Sera-ce pour le capital de remboursement, ou seulement pour le capital d'émission, ou pour une somme intermédiaire à déterminer ? Les systèmes les plus contradictoires et les plus variés ont été soutenus en doctrine et en jurisprudence (V. FUZIER-HERMAN, Rep. V^o Sociétés commerciales, n^o 2823 et suiv.). Le *premier système* tendant à admettre les obligataires à produire à la faillite pour tout le capital de remboursement, comme des créanciers à terme ordinaire, compte peu de partisans. La prime n'est, en effet, qu'un supplément de rémunération du prêt ; la somme nécessaire à son paiement est obtenue au fur et à mesure de l'amortissement par une retenue sur l'intérêt normal des sommes encaissées par la compagnie à l'émission ; l'amortissement étant brusquement arrêté par la survenance de la faillite la somme représentative des primes ne peut plus se constituer ; d'autre part, la faillite ayant pour effet d'arrêter le cours des intérêts (art. 445 C. Com.), les obligataires non remboursés au jour de la déclaration de faillite ne peuvent pas plus réclamer la prime dans son entier qu'ils ne peuvent réclamer, à l'encontre de la masse, les intérêts à échoir que la prime est destinée à augmenter. Le *deuxième système*, procédant d'un point de vue radicalement opposé, n'autorise les obligataires à produire que pour le capital d'émission et ne saurait davantage être approuvé. Si l'un méconnaît les droits de la masse, l'autre fait profiter la masse d'une réduction injuste de la créance de l'obligataire, qui n'a consenti à stipuler des intérêts minimes qu'en vue de la prime à recevoir lors du remboursement. (PIC. Traité théorique et pratique de la faillite des sociétés commerciales, p. 111). Reste alors un *système intermédiaire*, consacré par la jurisprudence et par la majorité de la doctrine, consistant à autoriser les obligataires à produire pour une somme supérieure aux taux d'émission, mais inférieure au taux de remboursement, somme à déterminer par un calcul de proportion sur les bases duquel les opinions sont d'ailleurs assez divergentes. La Cour de Paris a proposé une formule qui a au moins

t-il à une pareille stipulation ? Une société n'est-elle pas libre de céder ses obligations au prix qui lui convient ? Il n'est pas nécessaire que ce prix soit déterminé d'avance d'une manière certaine et invariable ; il suffit que les éléments de sa détermination soient convenus ; et cette détermination peut être conditionnelle tout aussi bien que l'appropriation même de ces obligations par le créancier ; elle peut dépendre d'événements futurs et incertains, tels que le degré de solvabilité de la société lors de sa liquidation. Il semble donc parfaitement licite, au premier abord, de convenir que ce sera le taux éventuel de remboursement de ces obligations qui sera considéré comme leur prix de souscription et qui servira à déterminer le nombre d'obligations que le créancier conservera en paiement de ses avances.

A la réflexion, nous avons cru devoir abandonner cette opinion. Les mêmes raisons qui s'opposent à ce que le créancier reçoive réellement plus que sa créance,

le défaut d'être un peu compliquée. (Paris, 28 janvier 1879, D. 1880. 2.25). Nous pensons avec M. Pic (Loc. cit. p. 113), qu'il est préférable de laisser aux juges du fond la plus grande latitude pour déterminer la quotité de la somme qu'il convient d'ajouter au capital d'émission pour apprécier, d'après les circonstances particulières de la cause, le préjudice causé aux obligataires par leur remboursement anticipé et par les chances de gain dont ils sont ainsi privés. Les juges devront naturellement tenir compte, mais sans être liés par une formule mathématique, soit du temps restant à courir jusqu'à la fin de la période d'amortissement, soit du nombre d'obligations déjà amorties comparé au nombre de celles restant à amortir. C'est ce que semble avoir fait la Cour de Rennes (Rennes, 25 juillet 1887, D. 1888.2.153) dans une espèce où il ne s'agissait pas d'ailleurs de faillite, mais de liquidation volontaire.

nous paraissent aussi s'opposer à ce qu'il produise à la faillite de son débiteur pour une somme supérieure à sa créance, de manière à se ménager un dividende plus élevé. Produire à une faillite pour une somme déterminée, c'est se prétendre créancier de cette somme ; or, on est créancier d'une certaine somme ou on ne l'est pas ; si on en est créancier on doit pouvoir recevoir toute sa créance à moins que le patrimoine débiteur ne soit insuffisant ; si on ne peut en aucune hypothèse, comme nous l'avons vu, recevoir toute cette créance, c'est qu'on ne peut pas s'en prétendre créancier, et, par conséquent, se faire admettre au passif du débiteur pour une pareille créance qui (en partie) n'existe pas. Nous sommes de ceux qui croient encore que, dans notre législation, les privilèges sont de droit étroit et ne peuvent exister sans texte. Aussi nous n'admettons pas qu'un créancier puisse valablement stipuler cette garantie particulière qui consisterait à recevoir un titre de créance autorisant sa production, dans la faillite éventuelle de son débiteur, pour une somme plus forte que celle dont il est créancier, dans le but de se couvrir contre la diminution que la loi du dividende pourrait apporter à ses droits. Nous n'hésitons pas à dire qu'un pareil privilège, que M. Châtel qualifie de « nouveau style », est impossible dans l'état actuel de nos lois. Nous pensons même, contrairement à l'avis de M. Châtel, que l'introduction d'un pareil privilège dans notre législation n'est nullement souhaitable. Où s'arrêterait-on

dans cette voie ? En admettant qu'on trouve le moyen de distinguer les créances réelles des créances apparentes, d'empêcher les créanciers peu consciencieux de profiter de la majoration de leur titre de créance pour se faire remettre réellement plus qu'il ne leur est dû, cette pratique aurait pour effet, à notre avis, de ruiner tout crédit. Le patrimoine d'un débiteur constitue la garantie générale de tous ses créanciers ; sans doute la loi permet au débiteur d'affecter spécialement telle ou telle partie de ses biens au paiement de tel ou tel créancier ; celui qui reçoit cette sûreté particulière (gage ou hypothèque) peut en mesurer la valeur et ceux qui ont négligé de la stipuler ont pu prévoir le préjudice qu'elle leur cause par l'atteinte qu'elle porte au patrimoine de leur débiteur. Mais s'il suffisait à un débiteur, pour conférer à un de ses créanciers une situation privilégiée, de l'autoriser, à l'insu des autres, à produire éventuellement pour une somme supérieure à sa créance véritable, garantie qu'il refuserait d'autant moins qu'il n'en résulterait pour lui aucune déposssession, aucun appauvrissement immédiat, comment pourrait-on désormais apprécier le crédit de quelqu'un, même avec la connaissance approximative de son actif et de son passif réel ? Je sais qu'un homme a un passif de 100.000 fr. pour un actif de 50.000 ; je dois prévoir que la liquidation de son patrimoine donnera un dividende de 50 % (toute affectation particulière de ses biens mise à part) ; je puis acheter ou vendre à ce prix des créances contre

lui. Mais s'il a autorisé un créancier de 25.000 fr. à produire pour 50.000 fr., mes prévisions seront anéanties. Lorsque, pour prêter 25.000 fr. à un individu, j'aurai stipulé, dans la connaissance de l'insuffisance de son patrimoine, un titre de 50.000 fr., cette précaution se trouvera inefficace si un autre créancier de pareille somme de 25.000 fr., plus habile que moi, s'est fait consentir un titre de 100.000 fr. ou de 200.000 fr. Il n'est pas besoin d'insister davantage pour faire comprendre les dangers d'une semblable pratique et les abus auxquels elle ne manquerait pas de donner naissance. A quoi servirait, dans une faillite, d'être un créancier privilégié le jour où, par l'application de ce système, il n'y aura certainement plus que des créanciers privilégiés. Si le dogme de l'égalité entre créanciers craque de toutes parts, au dire de M. Châtel, nous pensons qu'il convient mieux pour le crédit public de travailler à sa consolidation qu'à sa ruine complète et définitive. M. Châtel a cru trouver une application audacieuse et prématurée de cette nouvelle forme de sûreté, qu'il entrevoit seulement comme une solution d'avenir, dans le jugement du Tribunal civil de Douai du 29 avril 1904, confirmé en appel (S. 1905.2.294). Le Tribunal de Douai, (considérant l'opération dont la validité était consentie devant lui, comme un nantissement) « admet le créancier gagiste au passif hypothécaire de la faillite pour la valeur de 250 obligations hypothécaires à lui remises en gage, soit pour 125.000 fr. ; mais étant entendu que le

dividende que le gagiste pourra toucher ne devra jamais excéder l'importance de la créance réelle que ces 250 obligations garantissent, soit en principal 33.700 fr.... ». N'est-ce pas la reconnaissance formelle, dit M. Châtel, de ce privilège « nouveau style » qui permet à un débiteur d'assurer son créancier contre les rigueurs de la loi du dividende, au cas de faillite, en l'autorisant à produire pour une somme supérieure à celle effectivement fournie. Que la solution du Tribunal de Douai aboutisse à ce résultat, c'est évident, et c'est à notre avis une raison pour la repousser, mais cette solution ne suppose nullement l'admission d'un privilège « nouveau style » ; elle est la conséquence naturelle de ce que le Tribunal considère, à tort suivant nous, l'opération qui lui était soumise comme un véritable gage ; dès lors, le Tribunal reconnaît qu'il y a deux créances : d'une part, la créance principale, du chef des avances faites à la société, pour le montant réel de laquelle le créancier produira comme chirographaire ; d'autre part, la créance accessoire, cédée en garantie de la première et dont le Tribunal voit un titre suffisant dans les obligations remises en gage ; pour le Tribunal, ces obligations sont pleinement valables ; elles représentent bien, conformément à leur texte, une créance de 500 fr. par titre, contre la société qui les a créées ; le Tribunal ne prend pas la peine de rechercher quel peut bien être le créancier de cette créance-là, dont le gagiste n'est que détenteur, ce qui l'aurait fort embarrassé ; il lui suffit de savoir et de

dire que la question a été tranchée par la Cour de Cassation ; il est donc tout naturel que le détenteur gagiste de ces obligations considérées comme valables en elles-mêmes, ait été autorisé à produire de leur chef pour leur montant nominal, indépendamment, cela n'est pas dit dans le jugement, mais cela va de soi, indépendamment de sa production du chef de sa créance personnelle, et sauf imputation conformément à l'art. 548 C. Com. Quant à la réserve inscrite dans le jugement que le dividende que le gagiste pourrait recevoir ne devrait jamais excéder l'importance de la créance réelle que la remise de ces 250 obligations garantissait, soit en principal 33.700 fr., elle était superflue ; c'est l'application des principes en matière de gage ; le détenteur gagiste ne peut pas s'approprier le gage ; il peut seulement le faire vendre et se faire payer sur son prix par préférence (art. 2073) *jusqu'à concurrence de sa créance* ; dans l'espèce, la créance du détenteur gagiste ne s'élevant qu'à 33.700 fr. en principal, il était évident qu'il ne pouvait pas prétendre recevoir davantage, si l'objet qui lui avait été remis en gage, les obligations, venait à atteindre une valeur supérieure. Le surplus appartenait à la masse des créanciers (art. 548 C. Com.).

Dans l'interprétation que nous donnons à la convention, le créancier ne détenant pas les obligations à titre de gage, mais à titre de propriétaire, en qualité de souscripteur personnel, par l'effet rétroactif de la condition, c'est en cette qualité, c'est comme obligataire qu'il s'en

prévaudra dans la faillite, et c'est pourquoi nous pensons qu'il ne peut en conserver que le nombre nécessaire pour le remplir nominalemeut de sa créance, qu'en d'autres termes il doit les prendre au pair, puisque, nous croyons l'avoir démontré, nul n'a le droit de se *prétendre* créancier d'une somme supérieure à sa créance réelle, dans le but d'échapper à la loi du dividende. Notre opinion à cet égard ne fait pas échec à la validité des primes de remboursement. Toute la question est de savoir si le porteur de l'obligation est créancier de la prime ou ne l'est pas. Si, dans notre hypothèse, nous refusons au porteur de l'obligation le droit de se prévaloir d'une prime, c'est précisément parce qu'il n'est pas créancier de cette prime, parce qu'il n'a aucun droit à la recevoir en aucun cas.

Quelle que soit en effet l'opinion que l'on ait sur le mode de constitution de la prime, qu'elle soit une capitalisation d'intérêts ou un prélèvement sur les résultats annuels, elle doit toujours être considérée comme un supplément de rémunération du prêt dont la formation et l'exigibilité sont subordonnées à la continuation de la société : la faillite de la société survenant et créant une situation égale pour tous les créanciers, ce n'est que pour le montant de la prime, *déjà acquise* à ce moment, que les obligataires pourront produire à la faillite. Or, dans l'hypothèse que nous avons prévue, il est manifeste qu'aucune portion quelconque de la prime n'a pu se former ni être acquise au porteur d'obligations avant la

faillite de la société. L'arrivée de la condition mise à la souscription des obligations rétroagira bien en ce sens que le créancier sera censé avoir été *souscripteur* des obligations du jour du contrat ; mais cette fiction légale n'affectera pas leur libération qui ne pourra s'opérer qu'au jour même de la faillite par l'imputation de la créance du créancier à ce jour en capital et intérêts et jusqu'à dûe concurrence. Au jour du contrat le créancier n'est qu'un souscripteur conditionnel des obligations ; il a terme pour réaliser sa souscription, c'est à-dire pour libérer les obligations (par versement ou compensation) jusqu'à l'arrivée de la condition ; la condition, la faillite de la société arrive ; le créancier devient un souscripteur ferme, il est en même temps déchu du bénéfice du terme, il libère aussitôt les obligations par compensation. Nous avons vu (page 68) que la compensation est ici possible, malgré la faillite, parce qu'il s'agit de dettes connexes. On ne peut davantage objecter que la faillite de la société a dispensé le souscripteur de ses obligations de le libérer ; outre que cette exception est en principe d'une recevabilité douteuse (voir plus haut page 26, note 2) le contrat que nous envisageons suppose que le créancier y a formellement renoncé. La libération des obligations n'a pas pu suivre toutes les fluctuations d'un compte-courant ; elle s'opérera seulement en bloc par l'imputation du solde de ce compte le jour de la faillite de la société ; c'est ce jour-là que la société reçoit à raison des obligations ; c'est de ce jour-

là que la société doit le montant des obligations ; le caractère réel du contrat qui donne naissance à cette dette de la société s'oppose à ce qu'aucune fiction de rétroactivité permette de considérer la société comme débitrice du montant des obligations avant leur libération. C'est de ce même jour (la faillite) que la société devrait les intérêts des obligations, si la faillite n'avait précisément pour effet d'en arrêter le cours. Les intérêts dont la société a pu devenir antérieurement débitrice, à raison des avances qui lui ont été faites en compte-courant, n'ont rien de commun avec ceux des obligations. Le propre des obligations ainsi souscrites et libérées sera de ne jamais porter d'intérêts ; comment pourrait-il être question dans ces conditions de prime de remboursement ? Il est donc évident que le porteur de ces obligations ne pourra, en aucun cas, recevoir plus qu'il n'a payé pour les avoir. Nous avons démontré qu'on ne peut pas produire pour une somme supérieure à celle qu'on a le droit de recevoir, qu'on ne peut pas se prétendre plus créancier qu'on ne l'est. C'est donc pour leur valeur nominale que le créancier devra conserver les obligations ; tant mieux pour lui si celles-ci sont remboursées au pair, tant pis si elles sont remboursées au-dessous de ce prix. Nous ne croyons pas qu'il puisse se ménager par ce procédé de plus grands avantages ; ceux que nous lui concédons sont déjà appréciables puisque les obligations dont il s'agit étant toujours affectées d'une garantie spéciale (une hypo-

thèque en général) (1), la situation de porteur des dites obligations sera encore préférable à celle d'un simple créancier chirographaire. Cette solution, outre qu'elle ne se heurte à aucun obstacle juridique, nous paraît présenter sur celle proposée par MM. Thaller et Appleton (l'exécution du mandat d'émission après la faillite) de sérieux avantages pratiques.

1° L'émission n'a pas lieu, après la faillite, du moins dans le public, puisque c'est le banquier lui-même qui conserve les obligations ; aucune spéculation n'est à craindre. Dans le cas contraire, l'émission peut se faire à vil prix, dans l'ignorance du dividende qui sera attribué aux obligataires, elle peut ne procurer, à la décharge de la société, qu'une somme insignifiante, tout en grevant son patrimoine d'une dette importante et en l'obligeant à payer un dividende bien supérieur, peut-être, à celui escompté au moment de l'émission. Si les conventions intervenues entre les parties ne permettent pas au banquier d'émettre les obligations au-dessous d'un certain prix, il est d'ailleurs possible que, faute de

(1) La combinaison n'aurait aucun intérêt dans le cas contraire. « En cas de nantissement d'obligations chirographaires, dit M. Demogue, on ne voit pas quel avantage le créancier pourrait avoir à se présenter comme nanti des obligations ; de toute façon il ne pourrait obtenir que le même dividende. Le créancier élèverait peut-être la prétention, ayant reçu pour 200.000 fr. d'obligations, par exemple, et ayant prêté 30.000 fr., de se présenter pour 200.000 fr., de sorte qu'en obtenant un dividende de 15 % il serait complètement remboursé. Cette prétention est insoutenable, car on ne peut agir en remboursement de sommes qui n'ont pas été versées.

DEMOGUE. *Rev. trim.* 1906, p. 174.

trouver ce prix, il ne puisse pas exécuter son mandat ; que deviendra alors sa garantie ?

2° Le banquier, au lieu de vendre à son profit toutes les obligations qu'il a reçues, ou de se les attribuer toutes, sous la seule réserve que le dividende qui lui sera versé ne dépasse pas le chiffre de sa créance, n'en conservera que le nombre suffisant pour représenter nominalement sa créance. Dans l'espèce imaginée plus haut, on ne verra pas le créancier de 45.000 fr. produire pour 150 obligations hypothécaires (représentant une valeur nominale de 75.000 fr.) dans l'ordre ouvert sur le prix de vente des immeubles de la société et obtenir de cette manière un dividende plus élevé que les autres porteurs d'obligations semblables, régulièrement émises, venant en concurrence avec lui.

En terminant il convient peut-être d'insister sur la différence capitale qui existe entre les effets de la forme de contrat que nous proposons et ceux du nantissement généralement adopté. Avec le nantissement, le créancier exerce deux créances, l'une principale, l'autre accessoire. Avec notre formule le créancier n'a plus qu'une créance, la plus utile d'ailleurs, celle qui résulte des obligations, généralement affectées d'une sûreté particulière. En effet, la créance qu'il possédait du chef de ses avances s'est éteinte par compensation avec sa dette comme souscripteur des obligations. Sans doute le créancier préférerait exercer deux créances qu'une seule ; mais pour exercer deux créances pour le recou-

vement d'une seule (celle des avances), il faut nécessairement posséder la seconde à titre de gage de la première ; or, nous avons démontré que le gage est impossible, car la créance qui en serait l'objet n'aurait alors point d'existence, faute de créancier. Les obligations dont il s'agit ne deviennent des titres de créance contre la société que par l'imputation sur leur libération des sommes avancées à la société ; cette imputation fait naturellement perdre au créancier sa créance du chef des dites avances pour lui en faire acquérir une autre en qualité d'obligataire. Il y a novation par changement de créance (art. 1271, § 1^{er} C. Civ.). Puisqu'il est juridiquement impossible au créancier d'obtenir les avantages de la combinaison que nous avons condamnée avec une partie de la jurisprudence, il vaut mieux, pour lui, se contenter de ceux, déjà très appréciables, du contrat que nous lui proposons.

Cette différence dans les effets des deux contrats démontre bien que notre discussion ne repose pas uniquement sur un formalisme étroit, qu'il ne suffira pas à l'avenir aux parties d'employer des mots différents pour soustraire à la nullité les mêmes conventions ; mais qu'il leur faudra recourir à des conventions réellement différentes et produisant, dans certain cas, d'autres effets.

Voilà comment il nous semble possible de concilier les exigences du droit avec les habitudes ou les nécessités de la pratique et sous quelle forme, à notre avis,

une société peut valablement utiliser, comme instrument de crédit, avant leur émission, les obligations qu'elle a créées (1).

Vu, le Président de la Thèse :

Lyon, le 21 juillet 1911,

COHENDY.

Vu, le Doyen :

Lyon, le 22 juillet 1911,

FLÜRER.

Permis d'imprimer :

Lyon, le 22 juillet 1911,

Le Recteur de l'Académie,

JOUBIN.

(1) Il ne faudrait pas croire, d'après cette conclusion, que nous n'approuvions pas entièrement les décisions rendues par la Cour de Besançon et la Cour de Lyon, dans les espèces sur lesquelles ces juridictions ont été appelées à statuer, ce qui pourrait surprendre d'autant plus que nous ne sommes pas restés complètement étranger à ce dernier arrêt. Dans ces espèces, les parties ne s'étaient pas bornées à donner la dénomination de nantissement à la convention qu'elles avaient faites ; toutes les stipulations de cette convention tendaient à démontrer que leur commune intention avait été de conférer expressément au créancier les droits d'un véritable gagiste et ceux-là seulement. Or, il n'appartient pas aux Tribunaux de substituer aux conventions que les parties ont faites, celles que, mieux éclairées, elles auraient pu faire plus utilement.

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE	1
CHAPITRE I ^{er} . — Exposé de la question	3
CHAPITRE II. — Premier argument invoqué en faveur de la validité du nantissement : la régularité appa- rente des titres et la bonne foi des détenteurs . .	10
CHAPITRE III. — Autres arguments invoqués en faveur de la validité du nantissement : émission des obli- gations, souscription et libération, négociation et transmissibilité	19
CHAPITRE IV. — La dation en gage des obligations peut-elle être considérée comme équivalent à leur émission ?	43
CHAPITRE V. — Forme de contrat proposée : mandat d'émission, délégation, souscription condition- nelle	55
